

VU Research Portal

Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing

van Veen, W.J.M.

published in

Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout 2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2012). Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing. In G. F. Boulogne, & L. J. A. Pieterse (Eds.), *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout* (pp. 165-181). (ZIFO-reeks; No. 6). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

*Aanbevelingen ter verbetering van het
vestigingsklimaat voor ondernemingen*

Tribuut aan Jaap Bellingwout

Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen

*Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Bellingwout, ter
gelegenheid van het tweede lustrum van de masteropleiding
Fiscaal recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de
Vrije Universiteit Amsterdam*

Onder redactie van:

mr. G.F. Boulogne en

mr. L.J.A. Pieterse

Ontwerp omslag: H2R Vormgeving & Communicatie

ISBN 978 90 13 10698 5
NUR 827-715

© 2012, Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
Personalia auteurs	9
Tien jaar masteropleiding Fiscaal recht aan de VU (2002-2012) <i>mr. H.A. Brasz</i>	11
Inleiding	17
Een bijdrage van de omzetbelasting aan het vestigingsklimaat: een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverhoudingen <i>drs. W.J. Blokland</i>	23
De toepassing <i>ratione personae</i> van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 <i>mr. G.F. Boulogne</i>	35
Hoofdkantoren aantrekken en behouden voor Nederland begrensd door staatssteunregels <i>mr. W.W. Geursen</i>	51
Keuzeregeling voor liquidatieverliezen. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling <i>R. Gielen LL.M., mr. W.Y. Ip en mr. L.J.A. Pieterse</i>	65
IBO-arbitrage als muze voor vervolledigen rechtsbescherming onder Nederlandse belastingverdragen <i>mr. L.J. de Heer</i>	79
De standaardvoorwaarden voor de juridische fusie: van standaard naar maatwerk? <i>mr. R.R. van der Heide</i>	89

Douanewaarde in douanerecht en btw: eenvoud met complicaties <i>prof. mr. M.E. van Hilten</i>	107
Raad van State en delegatie. Wetgeving bij decreet? <i>mr. drs. Tj. Hoekstra</i>	117
Vrije vestiging voor pensioengerechtigden met pensioen bij Nederlandse verzekeraar? <i>prof. mr. H.M. Kappelle</i>	133
Transfer Pricing as Frankenstein's monster <i>mr. drs. B.B. de Mik</i>	143
Exitheffingen; Quo vadunt? <i>prof. mr. F.P.G. Pötgens</i>	155
Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing <i>prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	165
Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story? <i>mr. M. Zilinsky</i>	183

Voorwoord

De Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam is een plaats waar al betrekkelijk lang belastingrecht wordt onderwezen en onderzocht, ook door juristen van wie kan worden gezegd dat zij naam hebben gemaakt, zoals Hellema, Klein Wassink en Moltmaker.¹ Aan een zelfstandige opleiding en afstudeerrichting in het belastingrecht heeft het evenwel lange tijd ontbroken. Een decennium geleden is daarin verandering gekomen en inmiddels kan worden gezegd dat een volwaardige master Fiscaal recht tot stand is gebracht. Dat is mede te danken aan de bijzondere inspanningen van Bert Brasz² en Mario van Overbeeke.³

Enkele jaren geleden, in 2007, kon het eerste lustrum van de opleiding Fiscaal recht worden gevierd; die gelegenheid werd luister bijgezet met een congres over maatschappelijke ondernemingen.⁴ Het tweede lustrum is evenmin geruisloos gepasseerd. Ook deze keer is besloten een congres te organiseren ('Hoofdkantoren en fiscaal vestigingsklimaat'). Maar daarbij is het niet gebleven. Enkele medewerkers van de Vrije Universiteit hebben gemeend de jarenlange betrokkenheid van Jaap Bellingwout bij de fiscale opleiding en het onderzoek op een bijzondere manier te moeten omlijsten. Deze bundel, een initiatief van Frederik Boulogne, een promovendus van Jaap, is daarvan de gematerialiseerde uiting. In dit boek zijn verhandelingen samengebracht die zien op mogelijke verbeteringen van het Nederlandse (fiscale) vestigingsklimaat voor ondernemingen. Daarmee sluit het thema van dit boek aan op het interdisciplinaire onderzoeksterrein van de vakgroep Fiscaal recht⁵ die deel uitmaakt van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht. De bijdragen, die geschreven zijn door auteurs die op een of andere manier zijn verbonden aan de Vrije Universiteit, en in het bijzonder de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, bevatten fiscale, maar ook (enkele) verkenningen op het terrein van het vennootschapsrecht ('omdat de fiscale flora en fauna op eigen terrein pas goed kunnen worden doorgrond

1 Prof. mr. H.J. Hellema is 29 jaar buitengewoon hoogleraar in het belastingrecht geweest, zo volgt uit *WFR* 1970/5014, p. 957; prof. dr. H.J.W. Klein Wassink was in de jaren zeventig hoogleraar in het belastingrecht (zie: J.K. Moltmaker, 'In memoriam prof. dr. H.J.W. Klein Wassink', *WFR* 1979/1307) en prof. mr. J.K. Moltmaker was ruim 25 jaar hoogleraar in het notariële recht en later (alleen) in het belastingrecht (zie zijn afscheidscollege: *Belastingrechtspraak op de Nederlandse Antillen en Aruba*, Deventer: Kluwer 1998, p. 5 en 19).

2 Mr. H.A. Brasz was jarenlang docent belastingrecht.

3 Prof. dr. M.P. van Overbeeke was 24 jaar hoogleraar belastingrecht.

4 Tj. Hoekstra (red.), *Maatschappelijke ondernemingen. Congres gehouden op 7 juni 2007 ter gelegenheid van het eerste lustrum van de masterrichting Fiscaal recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU*, eerste druk, Deventer: Kluwer 2007.

5 Vestigingsklimaat voor ondernemingen.

indien ook de aanpalende gebieden in ogenschouw worden genomen⁶). De verhandelingen hebben gemeen dat daarin concrete aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen zijn opgenomen. Een bijdrage met een wat ander karakter is die van Bert Brasz, zijn naam is al gevallen. Hij was bereid om de ontwikkeling van het onderwijs in het belastingrecht tot een ‘officiële’ master uit de doeken te doen. De bespiegelingen van deze bevlogen docent, die onlangs zijn afscheidscollege heeft gegeven, zullen er stellig aan bijdragen dat de herinnering daaraan niet bedolven raakt onder de vele nieuwe gebeurtenissen.

Het zal duidelijk zijn dat deze bundel opstellen is opgedragen aan Jaap Bellingwout: een onorthodoxe denker die – volgens intimi – ook stoutmoedige karaktereigenschappen heeft, niet overgeorganiseerd is, maar vooral bekend staat als een pragmatische, enthousiaste en vakbekwame opleider en belastingadviseur. In zijn publicaties, waarin hij geregeld de ‘raakpunten’ van het fiscale recht en het vennootschapsrecht opzoekt, valt meer dan eens een losse toets waar te nemen. Zo weet hij treffende beelden te verzinnen om zijn betoog kracht bij te zetten (‘Horizontaal toezicht zou je kunnen zien als Tom en Jerry die hun gedurende decennia ingesleten tijd- en energievretende animositeit vervangen door een instrument om (...) informatie (...) snel en efficiënt boven tafel te krijgen’⁷).⁸ Jaap is degene die, soms schakend op verschillende borden met complexe opstellingen, de vakgroep Fiscaal recht heeft weten uit te bouwen tot wat het momenteel is: een instituut waar studenten op een wetenschappelijk verantwoorde wijze worden opgeleid en een instelling die heel wat fiscalisten de mogelijkheid biedt om hun innerlijke drang tot het doen van onderzoek gestalte te geven.

Dat deze uitgave tot stand is gekomen, is – hoe kan het ook anders – te danken aan de hulp van velen. Het zijn met name de auteurs die dank en lof verdienen voor hun prompte medewerking. Ook is dank verschuldigd aan student-assistent Gijs Otten; hij heeft – ogenschijnlijk onvermoeibaar – de onmisbare hand- en spandiensten voor zijn rekening genomen.

Amsterdam, voorjaar 2012

De redactie

Vrije Universiteit Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid

6 Aldus J.W. Bellingwout op p. 39 van de bundel die aan H.M.N. Schonis is opgedragen (Deventer: Kluwer 2006).

7 Deze passage is te vinden in: *WFR* 2008/1309, p. 1309.

8 Zie voor ander voorbeeld: *WFR* 2011/1425, p. 1425.

Personalia auteurs

drs. W.J. Blokland is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Hij verricht promotieonderzoek naar de btw-aspecten van corporate finance. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij PwC (Utrecht).

mr. G.F. Boulogne is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Hij verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij PwC (Amsterdam, AEX-Midkap Group).

mr. H.A. Brasz was tot voor kort als docent verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht en als hoofddocent aan de faculteit der economische wetenschappen en bedrijfskunde.

mr. W.W. Geursen is als promovendus verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Hij verricht promotieonderzoek naar de territoriale werking van het EU-recht en meer in het bijzonder de EU-rechtelijke regels die van invloed zijn op het nationale belastingrecht.

R. Gielen LL.M. is als gastonderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co (Den Haag).

mr. L.J. de Heer is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Hij verricht promotieonderzoek naar de fiscale aspecten van bilaterale investeringsverdragen. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co (Amstelveen).

mr. R.R. van der Heide is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij PwC (Amsterdam).

prof. mr. M.E. van Hilten is als bijzonder hoogleraar Indirecte Belastingen verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is zij werkzaam als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

mr. drs. Tj. Hoekstra is als docent Formeel belastingrecht en onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht.

mr. W.Y. Ip is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij werkzaam als senior juridisch medewerker belastingrecht bij de Rechtbank Haarlem.

prof. mr. H.M. Kappelle is als bijzonder hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij directeur van AEGON Adfis.

mr. drs. B.B. de Mik is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij werkzaam als of counsel bij PwC (Amsterdam).

mr. L.J.A. Pieterse is als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij onder meer wetenschappelijk adviseur en redacteur bij Sdu Uitgevers.

prof. mr. F.P.G. Pötgens is als hoogleraar Internationaal en Europees Belastingrecht verbonden aan de afdeling notarieel en fiscaal recht. Daarnaast is hij werkzaam in de belastingadviespraktijk van De Brauw Blackstone Westbroek NV en is hij raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

prof. mr. W.J.M. van Veen is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan de afdeling privaatrecht. Daarnaast is hij als wetenschappelijk adviseur (notarieel) ondernemingsrecht verbonden aan Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

mr. M. Zilinsky is als universitair docent internationaal privaatrecht verbonden aan de afdeling privaatrecht. Daarnaast is hij als of counsel verbonden aan Houthoff Buruma en is hij rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Arnhem.

Alle auteurs zijn verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit.

Tien jaar masteropleiding Fiscaal recht aan de VU (2002-2012)

mr. H.A. Brasz¹

1. Inleiding

Sinds september 2002 is het mogelijk in het fiscale recht af te studeren aan de rechtenfaculteit van de Vrije Universiteit te Amsterdam (VU). Op die datum werd aan de reeds bestaande afstudeervarianten Nederlands recht ook de specialisatie fiscaal recht toegevoegd. De vorm waarin een en ander werd gegoten was anders dan gebruikelijk aan de reeds langer bestaande fiscale opleidingen. Daar moest je al na het eerste jaar (voorheen de propedeuse) kiezen voor de fiscale specialisatie, terwijl aan de VU de keuze kan worden uitgesteld tot na het behalen van het bachelordiploma. Deze andere vorm werd veroorzaakt doordat de VU voorheen geen eigen fiscale afstudeer-richting had en met invoering van de bachelor/masterstructuur hier pas mee is gestart.

2. Wat er aan vooraf ging

Eind jaren negentig van de vorige eeuw werden er door de sectie belastingrecht van de VU onder leiding van prof. dr. M.P. van Overbeeke RA gesprekken gevoerd met diverse belastingadvieskantoren over het eventueel opzetten van een postdoctorale opleiding fiscaal recht. Aanleiding hiervoor was dat het aanbod van fiscale regelgeving groeide zowel in omvang als in complexiteit, hetgeen betekende dat de vraag naar fiscale advisering zowel in kwantiteit als in kwaliteit toenam. Bij de toename in kwaliteit kan onder andere worden gedacht aan de noodzaak van uitvoerbaarheid van adviezen en afstemming ervan met andere disciplines (zoals advisering op het gebied van transfer pricing). De ligging van de VU aan de Zuidas van Amsterdam en de goede bereikbaarheid (ook per openbaar vervoer) speelde mede een belangrijke rol bij deze brainstormsessies. In 1999 kwamen 29 Europese landen in Bologna overeen om in tien jaar tot één Europese Hogeronderwijsruimte te komen onder andere door invoering van het Angelsaksische bachelor-mastersysteem. In verband met deze mogelijke herstructurering van het universitaire onderwijs, rees bij ons de gedachte om niet postdoctoraal maar binnen het initiële onderwijs een afzonderlijke master Fiscaal recht te starten, die ook toegankelijk zou zijn voor studenten met

¹ Bert Brasz was tot voor kort coördinator van het masterjaar fiscaal recht aan de VU.

een reeds afgeronde juridische opleiding. In Nederland werd het bachelor-master-systeem in 2002 bij wet ingevoerd. En de juridische faculteit van de VU startte per 1 september 2002 hiermee. Het idee achter de fiscale master was om na een civielrechtelijk bachelor de studenten in één jaar op te leiden tot fiscalist. Dit heeft twee grote voordelen. In de eerste plaats kan een student de keuze voor zijn specialisatie later in de studie doen en in de tweede plaats kan met een civielrechtelijke bachelor gevolgd door een fiscale master een student afstuderen als fiscalist en toch het civiel effect verwerven en daarmee toegang tot de zogenoemde togaberoepen. Aldus werd de opleiding gestart als afstudeervariant binnen de opleiding Nederlands recht. Het bleek een schot in de roos. En vanaf het tweede jaar van de nieuwe afstudeervariant werd vanwege toenemende vraag hiernaar de afstudeervariant ook opengesteld voor economen, zij het natuurlijk zonder civiel effect.

3. Opzet van de opleiding

De fiscale studie aan de VU is geprogrammeerd in één jaar (het masterjaar fiscaal recht). Dit heeft een aantal voordelen. Er blijkt in de praktijk grote behoefte te bestaan aan fiscalisten met een brede algemene juridische basis. Door je pas na drie studiejaar te specialiseren, is een brede basis gewaarborgd. Daarnaast is het voor studenten aantrekkelijk om in slechts een periode van één jaar zich te specialiseren tot fiscalist. Het is eveneens een voordeel dat een student zijn of haar keuze voor de specialisatie pas later in de studie hoeft te maken. De kans op een verkeerde keuze is dan kleiner. Een heel belangrijk voordeel is voorts dat men met een ‘gewone’ civielrechtelijke bachelor toch als fiscalist kan afstuderen. Een speciale fiscale bachelor is hiervoor niet langer vereist.

4. De studenten

De studentenpopulatie is vanaf het tweede jaar van de opleiding een mix van juristen en economen waarbij tevens een aantal studenten ‘met ervaring’ is ingestroomd. Deze laatste categorie bestaat uit mensen met diverse achtergronden. Zowel het bedrijfsleven als de belastingdienst zijn vertegenwoordigd. Dit geeft aan dat de opleiding langzaam maar zeker een bredere bekendheid begon te krijgen. Op zich een goede zaak. Ik ben er van overtuigd dat die mix van achtergronden en ervaringen ieder jaar tot leerzame en spannende momenten heeft geleid. Een jurist heeft nu eenmaal een andere denktrant dan een econoom, en iemand met werkervaring benadert problemen anders dan een 22-jarige student.

Uit gesprekken met (oud-)studenten blijkt dat men deze mix op prijs stelt. Deze waardering heeft natuurlijk ook te maken met de wijze waarop de colleges vorm worden gegeven. Een relatief kleine groep van studenten waarbij via afgedwongen actieve participatie veel interactie ontstaat tussen de studenten enerzijds en de docenten anderzijds, alsmede tussen de studenten onderling. Men schroomt een (af en toe verhit) debat daarbij niet.

5. De docenten

Om een aparte fiscaal-juridische opleiding te kunnen opzetten was uitbreiding van de universitaire staf noodzakelijk. Waar eerst slechts vier mensen zich met fiscaal recht bezig hielden aan de VU zijn inmiddels zeventien mensen verbonden aan de opleiding, waaronder vier hoogleraren. Zoals bij iedere fiscale opleiding de meesten in deeltijd, zodat ook de praktijkervaring van de docenten uit adviespraktijk, belastingdienst en rechterlijke macht een rol kan spelen in het onderwijs. Juist de mix van verschillende achtergronden werkt stimulerend.

6. Het programma

Het programma staat inmiddels als een huis. Het systeem waarbij gedurende het gehele jaar vakken in blokvorm worden aangeboden voldoet goed. Met name ook omdat er een logische vakkenvolgorde in het rooster zit. Het betekent dat men stapsgewijs via heel intensief studeren door de gehele fiscale stof gaat. Ik zeg wel geheel, maar moet dat enigszins nuanceren. Wij hebben (noodgedwongen) keuzes moeten maken in de stof.

Omdat het masterjaar fiscaal recht slechts één jaar duurt, kan niet alles op fiscaal terrein worden behandeld. De keuze die wij hebben gemaakt sluit echter wel goed aan bij het grootste deel van de dagelijkse (advies)praktijk. In ons masterjaar ligt de nadruk namelijk op het belastingrecht dat voor ondernemingen van belang is, nationaal en internationaal, zowel voor het midden- en kleinbedrijf als voor de grote multinationale onderneming. Specifieke onderdelen als gemeentelijke belastingen, belastingen van rechtsverkeer, estate planning alsmede de schenk- en erfbelasting zijn buiten het programma gehouden. De laatste drie onderwerpen kunnen overigens nog aanvullend worden gedaan door het volgen van deze vakken bij de sectie notarieel recht. Tevens wordt apart ook nog het vak fiscaal pensioenrecht aangeboden. Omdat het masterjaar fiscaal recht geheel is gevuld met verplichte vakken zal een student deze extra vakken of ernaast moeten doen of zijn studietijd iets moeten verlengen. Dit laatste blijkt trouwens voor de meeste studenten niet als een bezwaar te gelden. Naast de positiefrechtelijke vakken behoort in een fiscaaljuridische opleiding ook aandacht te worden besteed aan beginselen van het belastingrecht, aan ethische en filosofische vraagstukken die samenhangen met belastingheffing, enz. enz. Deze aspecten worden belicht in het vak *Capita selecta* belastingrecht dat uitmondt in het schrijven van een paper. Inmiddels wordt in dit vak ook met name aandacht besteed aan methoden en technieken van fiscaal wetenschappelijk onderzoek. Op deze wijze wordt getracht studenten zelf een idee te laten vormen over 'wat byllich unn recht is' om de titel van het boek van Oldendorp uit 1529 over wat recht en wet is enigszins vrij te gebruiken. Aan het eind van het studiejaar wordt een internationale studiereis van een week georganiseerd waarbij getracht wordt een actueel fiscaal onderwerp als voorwerp van studie te nemen. Onderwerpen die aan de orde zijn geweest, zijn bijvoorbeeld: de Spaartegoedenrichtlijn, de uitbreiding van de EU,

het belastingverdrag Nederland-USA en dergelijke. Een leerzame en leuke ervaring voor studenten. Het jaar wordt vervolgens afgerond met het schrijven van een fiscale scriptie. Best een zwaar jaar, maar met de nodige inspanning goed te doen. Het programma is afgestemd met de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB), zodat afgestudeerden van de VU direct toegelaten worden als (aspirant-)lid van de NOB.

7. Het onderwijs

Ten behoeve van de interactie tussen student en docent hebben de colleges veelal het karakter van een (hoor)werkcollege. Kleine groepen maken het mogelijk om sterk interactief met de stof bezig te zijn. Zo werd iedere student in de gelegenheid gesteld een aantal malen een presentatie te verzorgen en in een paper een casus uit te werken. Tevens werd bij het onderdeel formeel belastingrecht een procedure voorbereid en uitgewerkt. Een student treedt dan beurtelings op als belastingadviseur, belastinginspecteur of als belastingrechter. Een bezoek aan de rechtbank was hierbij sluitstuk.

Inmiddels is het aantal deelnemers aan het masterjaar fors toegenomen. Waar in het eerste jaar werd gestart met zeventien deelnemers is geleidelijk een stijging te zien tot ruim zestig in de laatste drie jaar. Met aantallen van boven de zestig wordt de kleinschaligheid aangetast en daarmee ook het contact tussen studenten en docenten en tussen studenten onderling. Een belangrijke opdracht voor de opleiding voor de komende tien jaar zal dan ook zijn om de aantrekkelijke kanten van de kleine groepen (sterke onderlinge betrokkenheid en stimulans) te behouden bij een groter aantal deelnemers.

8. Twee varianten

Naast de hierboven beschreven variant directe belastingen, waarbij de nadruk ligt op de fiscale winstbepaling, is sinds september 2007 ook een variant indirecte belastingen van start gegaan. Deze variant, waarbij de nadruk ligt op de indirecte belastingen zoals btw, douanerechten, accijnzen en energiebelasting, is een samenwerking tussen drie universiteiten te weten, de Universiteit Tilburg, de Universiteit Maastricht en de VU. Deze samenwerking heeft in het onderwijs vorm gekregen doordat een drietal 'accentvakken' verdeeld over de drie universiteiten wordt aangeboden (één vak in Maastricht, één vak in Tilburg en één vak aan de VU in Amsterdam). Voor het onderzoek is apart een onderzoeksfonds indirecte belastingen opgericht. Gezien het toenemende belang van deze indirecte belastingen en de daarmee samenhangende toenemende vraag naar specialisten op dit gebied is met ondersteuning van de grote advieskantoren en de belastingdienst deze specialisatie opgezet. De indirecte variant is ingebed in het masterjaar door enkele vakken op het gebied van de directe belastingen te vervangen door vakken op het

gebied van de indirecte belastingen, terwijl ook de scriptie over een onderwerp op dit terrein moet gaan. Ook de indirecte variant behelst 60 ECTS en is in één jaar af te ronden.

9. Voldoet een éénjarige opleiding wel?

Uit inmiddels tien jaar ervaring blijkt dat een éénjarige master fiscaal recht prima voldoet. Inhoudelijk zijn er geen grote verschillen met andere universitaire fiscale opleidingen. Het verschil zit er vooral in dat aan de VU alle fiscale vakken (behalve het vak inleiding belastingrecht) in één jaar, het masterjaar, worden gedaan. Het blijkt soms zelfs een voordeel dat men alle fiscale vakken in een kort tijdsbestek achter elkaar doet. Er is geen stof uit eerdere jaren ‘weggezakt’. Het feit dat alle afgestudeerden aan de VU vrijwel direct na hun afstuderen een baan hebben gevonden bewijst dat het afnemende veld ook alle vertrouwen heeft in VU-fiscalisten. Zij vonden hun weg naar belastingadvieskantoren, de belastingdienst, de rechterlijke macht en het bedrijfsleven.

Enige nuancering over de tijdsduur is hier op zijn plaats. De studie is geprogrammeerd als een éénjarige master, en is in dat jaar ook goed te doen. Toch blijkt dat lang niet iedere student zijn master in één jaar afrondt. Het valt hierbij op dat met name de ‘reguliere dagstudent’ er wal langer over pleegt te doen en dat een student die vaak wat ouder is en een (fulltime) baan heeft de studie in één jaar afrondt. Ongetwijfeld heeft dit voor de wat oudere studenten te maken met de druk van werk en privé om de studie snel af te ronden, terwijl voor een jonge student het einde van de studententijd ‘dreigt’. Gelet op de steeds krappere wordende overheidsfinanciering van zowel de student als de universiteit, is dit een punt van aandacht.

10. Aantallen

De instroom is – zoals hiervoor reeds werd aangegeven – geleidelijk toegenomen van zeventien in het eerste jaar tot ruim zestig in september 2011. Het aantal afgestudeerden bedraagt inmiddels meer dan tweehonderd personen. Per jaar blijken er ongeveer vijf mensen te stoppen met hun studie. Al met al een bevredigend resultaat.

11. Het onderzoek

Vele publicaties in boeken en vaktijdschriften zijn inmiddels verschenen van de hand van de leden van de afdeling. Vele zullen nog volgen. Inmiddels zijn er ook diverse aio’s begonnen aan het schrijven van een proefschrift, zowel op het terrein van de directe belastingen als op het terrein van de indirecte belastingen. De eerste promotie van een aio wordt binnenkort verwacht. Als onderzoeksveld heeft de afdeling gekozen voor het vestigingsklimaat van ondernemingen. Dit past mooi bij het accent dat in het onderwijs wordt gelegd op de belastingheffing van ondernemingen.

12. Beroepsmogelijkheden

Van oudsher zijn accountantskantoren gewend om ook fiscale adviezen te geven aan hun klanten. Dit heeft er toe geleid dat veel fiscalisten opereren in een samenwerkingsverband met een accountantskantoor. Dit geldt niet alleen voor de *big four* maar ook voor de vele kleine en middelgrote accountantskantoren. Toch ziet men de laatste jaren dat steeds meer advocatenkantoren zich ook op fiscaal terrein gaan bewegen. De combinatie van fiscalist en advocaat komt dan ook steeds meer voor. Kortom, alle reden om fiscalist ‘met civiel effect’ te willen worden. Naast het beroep van belastingadviseur of belastingadvocaat staan ook functies open als belastinginspecteur of bedrijfsfiscalist, terwijl ook de rechterlijke macht en de wetenschap fiscalisten nodig heeft.

Het beroepsperspectief kan nog steeds als prima worden omschreven. Er zijn vele mogelijkheden en er is veel variatie mogelijk. Uiteindelijk valt of staat een carrière naast een goede opleiding met de capaciteiten, de drive en de inzet van de persoon zelf. En als men onverhoopt toch niet in het fiscale door wil gaan, geldt het oude adagium dat een academische opleiding geen weggegooid geld is, omdat men in ieder geval heeft aangetoond een academisch werk- en denkniveau aan te kunnen, hetgeen altijd van pas komt.

13. Tot slot

Tijdens het openingscollege van een nieuw jaar zeg ik vaak: “Maak er een leuk jaar van!” Wij als docenten zullen daar alles aan doen, maar uiteindelijk valt of staat succes bij wat de student zelf bereid is er voor te doen en te laten. Daarbij doel ik niet alleen op de studie in het masterjaar fiscaal recht, maar ook op alles er om heen. In samenwerking met het bestuur van de fiscale studentenvereniging aan de VU (FSVU) worden tentamentrainingen gehouden bij diverse advieskantoren en worden vele praktijkbezoeken afgelegd. Dit betreft bijvoorbeeld ook de belastingdienst en de rechterlijke macht. Zo is men intensief met de studie bezig en krijgt men tevens een goed inzicht in de verschillende spelers in het fiscale veld. Daarnaast is er voldoende tijd voor onderlinge gezelligheid. Bovendien is FSVU aangesloten bij de stichting Landelijk Overleg Fiscalisten (LOF) een samenwerkingsverband tussen alle landelijke fiscale studieverenigingen. De ervaring van de afgelopen tien jaar leert dat de studenten die in september starten een enthousiaste groep vormen die naast gedegen fiscale kennis, contacten en ervaring opdoen waar zij in hun verdere leven wat mee kunnen.

Amsterdam, voorjaar 2012

Inleiding

Het Nederlandse (fiscale) vestigingsklimaat voor ondernemingen kan als gunstig worden bestempeld. Op internationale concurrentieranglijsten komt ons land goed uit de bus.¹ Zo blijkt uit onderzoek dat Nederland “in tegenstelling tot wat momenteel veelvuldig wordt beweerd, een prima en gezond vestigingsklimaat heeft voor buitenlandse bedrijven die ondernemingsactiviteiten willen starten of verplaatsen”.² Ons land doet het vooral goed als het gaat om niet-fiscale factoren, zoals de gunstige geografische ligging, de goede infrastructuur en het talent en de talenkennis van Nederlanders. Ook het belastingstelsel draagt bij aan een aantrekkelijk klimaat. Nederland heeft een uitgebreid netwerk van belastingverdragen met andere landen, en dat wordt belangrijk gevonden. Bovendien staat de Nederlandse fiscus als coöperatief bekend; hij is bereid om – onder meer in het kader van horizontaal toezicht³ – werkbare afspraken te maken. Dit dient het belang van de rechtszekerheid. Maar ook de nationale fiscale regelingen mogen gezien worden: het tarief van de vennootschapsbelasting is met vijftwintig percent relatief laag en activiteiten die kunnen worden ondergebracht in de innovatiebox, worden belast tegen een tarief van slechts vijf percent. Sinds kort zijn de faciliteiten die verband houden met de stimulering van technologische vernieuwing verder uitgebreid: er is een extra aftrek ingevoerd van kosten die verband houden met research en development.⁴ Verder kunnen rente en royalties zonder bronheffing door ons land stromen.

Voorkomen van dubbele belastingheffing

Dat Nederland een aantrekkelijk vestigingsland voor ondernemingen is, betekent uiteraard niet dat er geen belemmeringen dan wel onvolkomenheden zijn te onderkennen, bijvoorbeeld als het gaat om effectieve voorkoming van dubbele belastingheffing. Zo wijst De Heer in zijn bijdrage erop dat de door Nederland gesloten

1 Met hoofdkantoren naar de top. Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten. Actie-agenda opgesteld door het Topteam Hoofdkantoren, juni 2011.

2 Aldus de opstellers van het rapport ‘Gateway to Europe’ van december 2011. Zie daarover ook de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 december 2011, gepubliceerd in *V-N* 2012/7.5.

3 Het zou J.W. Bellingwout overigens “niet verbazen indien gaandeweg wordt geconstateerd dat met name de Nederlandse vennootschapsbelasting veel te complex is om de daarmee verband houdende risico’s te vangen in een procesmatig ‘framework’” (‘Horizontaal ideaal’, *WFR* 2008/1309, p. 1311).

4 Dat daarmee het belastingrecht tot ‘instrument’ wordt, kan op kritiek in de literatuur rekenen (zie bijv. de afscheidsrede van M.P. van Overbeeke, *Het verval van de belastingstaat en de staat van de belasting*, Amsterdam 2005, p. 15).

belastingverdragen er niet aan in de weg staan dat belastingplichtigen soms toch worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing. Om aan deze ongewenste situatie een einde te maken, bevatten belastingverdragen een procedure die de bevoegde autoriteiten in staat stellen moeilijkheden of twijfelpunten die zich voordoen met betrekking tot de uitlegging of toepassing van een verdrag, in onderlinge overeenstemming op te lossen. Aan deze procedure kleven echter nogal wat tekortkomingen. De Heer bezingt zijn muze en houdt een pleidooi voor een volwaardige arbitrageprocedure voor een onafhankelijk tribunaal die geënt is op de regels zoals zij onder investeringsverdragen gelden.

Dat ook in de sfeer van de indirecte belastingen dubbele belasting(druk) kan optreden, zal minder bekend zijn. De bijdragen van Blokland en Van Hilten maken duidelijk dat hier stellig knelpunten liggen. Wat de heffing van omzetbelasting betreft, valt te wijzen op de financiële dienstverlening die binnen concerns plaatsvindt. Deze dienstverlening kan tot ongewenste effecten leiden, zo betoogt Blokland. De genoemde diensten vormen namelijk vrijgestelde prestaties. Dat lijkt aantrekkelijk, maar de – in Nederland gevestigde – verrichter ervan ontbeert het recht op aftrek van aan hem in rekening gebrachte btw. Dit gemis vormt vanuit het concern bezien een kostenpost. De auteur meent evenwel dat daaraan een mouw te passen is en verkent in zijn beschouwing een mogelijkheid om concerns te ontlasten van deze (onwelkome) belastingdruk. Blokland schetst de contouren van een betrekkelijk eenvoudig te realiseren optioneel systeem, dat de mogelijkheid biedt om dergelijke diensten in de heffing van btw te betrekken. Op het niveau van het concern leidt de uitoefening van de(ze) optie tot het vermijden van niet-aftrekbare voorbelasting.

Nederland is van oudsher ook aantrekkelijk als distributieland. De mogelijkheid om de btw die bij invoer is verschuldigd te verleggen naar de periodieke aangifte, werd tot voor kort als een ‘unique selling point’ gezien.⁵ Inmiddels hebben andere landen in Europa regelingen geïntroduceerd die beogen betaling van btw bij invoer te voorkomen of uit te stellen. Bij de invoer van goederen die afkomstig zijn uit zogenoemde derde landen wordt niet alleen btw geheven, maar zijn ook invoerrechten verschuldigd. De maatstaf van heffing die daarbij wordt gehanteerd, is de douanewaarde. Deze waarde geldt ook bij de heffing van btw ter zake van de invoer van goederen. Wanneer deze heffing zich beperkt tot de (transactie)waarde van de goederen, is dat praktisch te noemen, omdat in dat geval de heffing van invoerrechten en btw op grond van dezelfde maatstaf plaatsvindt, zo merkt Van Hilten op. Uit haar bijdrage blijkt evenwel dat ‘problemen’ kunnen ontstaan wanneer ook de vergoeding voor dienstverlening die met de ingevoerde goederen samenhangt, in de douanewaarde wordt begrepen. Zij acht het namelijk niet uitgesloten dat deze component ook, en wel afzonderlijk, als in het binnenland belastbare dienstverlening in de heffing van btw wordt betrokken. Van Hilten onderzoekt op welke wijze deze (potentiële) dubbele heffing het beste kan worden voorkomen. Zij komt tot de aanbeveling dat de

5 H.W.M. van Kesteren, P.J.B.G. Schrijver, T.H. Scheer en W. de Wit, ‘Nederland als vestigingsland en distributieland’, in: *De fiscale slagkracht van Nederland*, Amsterdam 2011, p. 12.

Nederlandse fiscus dient af te zien van heffing van omzetbelasting ter zake van diensten waarvan de vergoeding al in de douanewaarde is betrokken.

Een fiscaal concurrerend klimaat is ermee gediend dat dubbele belasting wordt voorkomen. Als het om de voorkoming van economische dubbele belasting gaat, kan gewezen worden op de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting. De liquidatieverliesregeling maakt deel uit van deze vrijstelling. De auteurs Gielen, Ip en Pieterse hebben aan de hand van de ratio van deze regeling onderzocht of de door de wetgever gekozen vormgeving en de daarbij gemaakte afwegingen nog steeds houdbaar zijn. Zij komen tot de conclusie dat dat niet het geval is en hebben een voorstel tot wijziging van de huidige regeling gedaan. Het voorstel komt erop neer dat het – ook in buitenlandse verhoudingen – mogelijk zou moeten zijn om de door een deelneming geleden ‘definitieve verliezen’ op het niveau van het deelnemende lichaam in aanmerking te nemen. Met een ruimhartige liquidatieverliesregeling is grensoverschrijdende investering vanuit Nederland mogelijk voordeliger dan bijv. vanuit Duitsland, waar de inachtneming van ‘definitieve verliezen’ beperkt is.⁶

Consistente en heldere wetgeving

Uit de hiervoor genoemde aanbevelingen komt onder meer naar voren dat het belangrijk is dat (fiscale) wetgeving consistent is en niet belemmerend werkt. Het is bekend dat duidelijke en met het oog op rechtszekerheid stabiele en overzichtelijke regels belangrijk zijn voor een goed vestigingsklimaat. Het (zittende) kabinet hecht veel waarde aan zekerheid voor belastingplichtigen bij de toepassing van fiscale wetgeving. “Betrouwbare wetgeving draagt bij aan het vestigingsklimaat”,⁷ zo werd nog niet zo lang geleden tijdens de parlementaire behandeling van een wetswijziging opgemerkt. Toch signaleert Hoekstra dat de wetgever steeds vaker toestaat dat de uitvoerende macht de nadere uitwerking van regels bepaalt (delegatie van wetgevende macht). De auteur maakt duidelijk dat het belangrijk is dat de essentialia van een belastingwet, zoals de grondslag van de heffing en het tarief ervan, in de wet zijn opgenomen en belastingplichtigen niet zijn overgeleverd aan de, wat oneerbiedig gezegd, grillen van de Staatssecretaris van Financiën. Ook de Raad van State meent dat de hoofdelementen van een belasting in de wet zelf opgenomen moeten worden (het primaat van de wetgever), maar het onderzoek van Hoekstra leert dat de Staatssecretaris zich wat dat betreft betrekkelijk weinig gelegen laat liggen aan de adviezen van de Raad.

Soms gaan de ontwikkelingen op een bepaald terrein zo snel, dat de consistentie en samenhang tussen regels is komen te ontbreken. Dat is volgens Van Veen het geval als het gaat om de mogelijkheden die de laatste jaren zijn ontstaan op basis waarvan een grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende zetelverplaatsing

⁶ Zie het arrest van de Duitse *Bundesfinanzhof* van 9 juni 2010, I R 100/09, waarin hij oordeelde dat ‘verdampste’ Franse verliezen, als gevolg van het verstrijken van de Franse verliesverrekeningstermijn, niet in Duitsland in aanmerking konden worden genomen.

⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 30.

kan worden uitgevoerd, zonder dat hier een eenduidig plan aan ten grondslag lag. Hij belicht de privaatrechtelijke restricties in de nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing. Het aantal regels op een bepaald terrein kan soms zo massaal worden genoemd, dat het moeilijk is om het overzicht te bewaren. Van Veen roept daarom op tot een herbezinning van het huidige wetgevingsbeleid, waarbij beslissingen moeten worden genomen over het uitbreiden of juist beperken van de huidige wettelijke regeling.

De Mik richt zich in zijn bijdrage op de kwaliteit van de Nederlandse wetgeving op het gebied van de verrekenprijsproblematiek (transfer pricing). De Mik concludeert dat de huidige regelgeving te complex is voor een groot deel van de belastingplichtigen die ermee te maken hebben, terwijl deze regelgeving daarnaast in voorkomende gevallen te vaag is om tot eenduidige uitkomsten te leiden. De Mik doet enkele suggesties voor relatief eenvoudige unilaterale oplossingen en wijst daarnaast op kansen op het bilaterale terrein. Tot slot, en dit past uiteraard bij het uitbrengen van aanbevelingen door een academische instelling, wijst De Mik op de noodzaak van een volwaardig op transfer pricing gericht opleidingsprogramma.

Faciliteren van grensoverschrijdende mobiliteit

Van der Heide zoomt in op de regels en andere randvoorwaarden (het vernieuwde 'Besluit juridische fusie') die de fiscale begeleiding van juridische fusies in de sfeer van de vennootschapsbelasting mogelijk maken. Hij beziet met name de samenloop van deze regelgeving met de overige bepalingen uit de vennootschapsbelasting. In zijn beschouwing legt hij op minutieuze wijze heel wat onduidelijkheden bloot. Hij acht het wenselijk dat de Staatssecretaris van Financiën spoedig nieuwe standaardvoorwaarden publiceert. Bij het begrip fusie denkt menigeen aan de zogenoemde EU-fusierichtlijn. Deze richtlijn heeft een ruim bereik. Zij ziet niet alleen op de juridische fusie, maar ook op andere fusievormen, zoals de aandelenruil. Het betreft weliswaar een wetgevingsinstrument met een Europeesrechtelijke statuut, de bepalingen uit de richtlijn zijn echter ook relevant indien slechts vennootschappen uit één lidstaat betrokken zijn bij een fusie. Dat is het geval als de lidstaat ook voor interne fusies aansluiting heeft willen zoeken bij de richtlijn, zo weten wij sinds het arrest *Leur Bloem*.⁸ Boulogne komt in zijn bijdrage over dit onderwerp tot de bevinding dat niet alle begrippen die de personele reikwijdte van deze set regels bepalen duidelijk zijn. Zo is het de vraag wat onder het begrip 'vennootschap' moet worden verstaan en in welke gevallen vennootschappen van twee of meer lidstaten 'betrokken' zijn bij een fusie.⁹ Daarnaast bevatten zowel de nationale regeling als de EU-fusierichtlijn eisen die grensoverschrijdende herstructureringsbeperken, terwijl deze niet noodzakelijk zijn om de financiële belangen van de betrokken lidstaten te waarborgen. Boulogne sluit zijn bijdrage af met concrete aanbevelingen die

8 De uitspraak in deze zaak kwam voor de betrokkenen nogal als een verrassing, zo tekende Henk Bergman op (36 *Befaalde Fiscale arresten*, Amsterdam: Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2009, p. 71-73).

9 Zoals vereist door art. 1 onderdeel a van de EU-fusierichtlijn.

soms (zelfs) noodzakelijk zijn om bestaande strijdigheden met het Europese (of het internationale) recht weg te nemen.

In het kader van grensoverschrijdende fusies en omzettingen, maar ook daarbuiten, zorgen nationale fiscale eindafrekeningen (exitheffingen) ervoor dat de vestigingsvrijheid wordt belemmerd. In de zaak *National Grid Indus* oordeelde het HvJ EU evenwel dat de belemmering te rechtvaardigen is met het oog op de bescherming van de zogenoemde evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹⁰ Wel moet de invordering van de opgelegde aanslag worden uitgesteld, tenminste, als de vertrekkende onderneming daarvoor wil kiezen. De verstrekstaat mag rente berekenen en zekerheid vragen. Hoewel de uitspraak van het Hof kan worden bekritiseerd,¹¹ heeft Pötgens ervoor gekozen de uitspraak tot startpunt van zijn betoog te maken. Hij gaat in op alternatieven voor deze vorm van eindafrekening. De auteur komt in zijn analyse met een opsomming van kenmerken waaraan een exitheffing die in de nationale wetgeving is vervat, zou moeten voldoen.

Zilinsky benadrukt het fenomeen van de zetelverplaatsing van vennootschappen binnen de Europese Unie op een andere manier. Hij heeft met een privaatrechtelijke bril op de consistentie van de rechtspraak van het HvJ EU onder de loep genomen. In dat kader betreft hij ook recente ontwikkelingen in zijn analyse, zoals de mogelijk voor vuurwerk zorgende zaak *VALE*.¹²

Kappelle snijdt een probleem van andere aard aan. Het betreft de consequentie(s) van de verzekeringstechnische vormgeving van pensioen en lijfrente. Deze producten kunnen worden verzekerd als een (uitgestelde) periodieke uitkering, maar ook in de vorm van een kapitaal waarop een pensioen- of lijfrenteclausule rust. Als dit kapitaal op enig moment, en dat zal op de pensioeningangsdatum zijn, wordt omgezet in een direct ingaande periodieke uitkering, beschouwt de Nederlandsche bank dat als het aangaan van een nieuwe overeenkomst. In binnenlandse situaties stuit deze visie niet op bezwaren, maar Kappelle signaleert een niet gering obstakel als de begunstigde op de pensioeningangsdatum niet meer in Nederland woont. De kwalificatie ‘nieuwe overeenkomst’ brengt dan namelijk mee dat sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening. In de EU is dergelijke dienstverlening alleen mogelijk indien een verzekeraar is genotificeerd in het land waarin hij zijn diensten aanbiedt. Kappelle laat zien dat de – in het buitenland wonende – begunstigde klem komt te zitten als ‘zijn’ verzekeraar niet is genotificeerd in zijn nieuwe woonland.¹³ Hij zal dan een nieuwe verzekeraar moeten zoeken aan wie het opgebouwde kapitaal kan worden overgedragen, maar de fiscus staat slechts toe dat waardeoverdracht aan een buitenlandse verzekeraar plaatsvindt als de betrokkene een nieuwe dienstbetrekking in het buitenland aanvaardt.

10 HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus BV*).

11 P.J. Wattel, ‘Carry on discriminating’, *NJB* 2011, afl. 44/45, p. 2973.

12 Conclusie van Advocaat-Generaal Jääskinen, 15 december 2011, nr. C-378/10 (*VALE*).

13 Zie daarover ook zijn in *WFR* 2012/218 gepubliceerde artikel.

Randvoorwaarde: eerlijke concurrentie

Een andere bijdrage die samenhangt met de werking van het Europese recht, is die van Geursen. Hij betreedt het terrein van de staatssteun, een weerbarstig onderwerp. Hij bespreekt de grenzen die de staatssteunregels stellen aan de fiscale maatregelen die wenselijk zijn in het kader van het vestigingsklimaat voor hoofdkantoren.

Uit de bijdragen, waarvan de inhoud hiervoor kort de revue is gepasseerd, volgt dat er al met al heel wat aanbevelingen tot verbetering van het Nederlandse vestigingsklimaat voor ondernemingen kunnen worden aangewezen. Wij hopen daarom dat de Staatssecretaris van Financiën of de (mede)wetgever de door ons aangereikte handschoen oppakt.

Een bijdrage van de omzetbelasting aan het vestigingsklimaat: een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverhoudingen

drs. W.J. Blokland¹

1. Inleiding

In het debat over het fiscale vestigingsklimaat staan vaak de directe belastingen centraal. Dat levert met enige regelmaat interessante publicaties op over onder meer de aftrek van deelnemingsrente.² De omzetbelasting wordt niet zo vaak genoemd in het kader van het fiscale vestigingsklimaat. Nochtans kan ook de omzetbelasting haar steentje bijdragen aan het fiscale welzijn van ondernemingen op Nederlandse bodem. De invoering van een optie voor belastingheffing van financiële diensten³ is in dat verband een mogelijkheid. Om er niet direct een heel ingrijpende operatie van te maken, kan gedacht worden aan een optie die beperkt is tot financiële diensten die concernmaatschappijen aan elkaar verrichten. Een dergelijke regeling zou een ‘unique selling point’ van het Nederlandse vestigingsklimaat kunnen zijn en zou voor met name houdster- en concernfinancieringsmaatschappijen vestiging in Nederland aantrekkelijker kunnen maken. Bijzonder prettig is daarnaast dat de Europese Btw-richtlijn (hierna: ‘Btw-richtlijn’) het invoeren van een optie voor belastingheffing van financiële diensten, die in beginsel vrijgesteld zijn, toestaat.⁴ Een gang naar Brussel voor wijziging van de Btw-richtlijn is dus niet vereist.

In deze bijdrage wordt de gedachte voor een beperkte optie voor belastingheffing van financiële diensten op hoofdlijnen uitgewerkt. Daarvoor wordt eerst stilgestaan bij de argumenten voor invoering van een dergelijke optie, te weten het paradoxale effect van vrijstellingen in de omzetbelasting en de gevolgen daarvan voor concerns. Daarna komen de contouren van een optie voor belastingheffing aan bod, gevolgd door Europeesrechtelijke aandachtspunten en enige afsluitende opmerkingen.

¹ Wouter Blokland is als onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en werkzaam als btw-adviseur bij PwC te Utrecht.

² Zie bv. J.W. Bellingwout, ‘Bosal-mania’, *WFR* 2011/1008.

³ Het betreft de diensten waarvoor op grond van art. 11 lid 1 onderdelen i en j Wet OB 1968 een vrijstelling van omzetbelasting geldt. Zie ook art. 135 lid 1 onderdelen b tot en met g Btw-richtlijn.

⁴ Zie art. 137 van Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (*PbEU* 2006, L347/1), zoals laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2010/88/EU van de Raad van 7 december 2010 (*PbEU* 2010, L326/1).

2. Het paradoxale effect van vrijstellingen in de omzetbelasting

2.1. *De paradox van de btw*

Voor een goed begrip van de argumenten om een optie voor belastingheffing in te voeren is vooreerst van belang om ervan bewust te zijn dat vrijstellingen van omzetbelasting lang niet altijd gunstig zijn voor de betrokkenen. Integendeel: bij prestaties tussen ondernemers bestaat een grote kans dat vrijstellingen leiden tot een hogere verschuldigdheid van omzetbelasting. Dit wordt ook wel de paradox van de btw genoemd. De oorzaak van de paradox is gelegen in de keerzijde van vrijstellingen, namelijk dat zij het recht op aftrek van voorbelasting beperken van de ondernemer die vrijgesteld presteert.⁵ Die ondernemers moeten daarom bij inkopen betaalde voorbelasting tot hun kostprijs rekenen. Dit hoeft evenwel geen bezwaar te zijn als zij aan particulieren presteren. Het voordeel van geen verschuldigdheid van belasting over de omzet zal dan immers vaak het nadeel van niet-aftrekbare voorbelasting overstijgen. De situatie is anders bij vrijgestelde prestaties aan afnemers die ondernemer in de zin van de omzetbelasting zijn en volledig recht op aftrek van voorbelasting hebben. Dan leidt het achterwege blijven van de verschuldigdheid van belasting over de omzet niet tot een voordeel (immers, die belasting zou aftrekbaar zijn geweest), maar blijft de beperking van het recht op aftrek van voorbelasting bij de presterende ondernemer wel een nadeel.⁶

De beperking van het recht op aftrek van voorbelasting kan bij transacties tussen ondernemers tot cumulatie van belasting leiden. Dat staat op gespannen voet met de grondgedachte van het unitaire btw-stelsel, dat de aan het einde van de productie- en distributieketen verschuldigde omzetbelasting strikt evenredig zou moeten zijn aan de prijzen die consumenten betalen.⁷ De totaal verschuldigde omzetbelasting voor een televisie die de consument koopt voor 476 euro behoort bijvoorbeeld altijd 76 euro te zijn (19/119^e van 476 euro). De strikte evenredigheid gaat teniet als zich ergens in de productie- en distributieketen van de televisie een vrijgestelde prestatie voordoet. Een bedrag aan niet-aftrekbare voorbelasting zal dan onzichtbaar in de prijs van de televisie begrepen zijn. Twee nadere observaties zijn dan te maken. In de eerste plaats bedraagt de per saldo door de staat ontvangen omzetbelasting voor (het verbruik van) de televisie meer dan 76 euro. Hoeveel meer hangt van de omstandigheden van het geval af. In de tweede plaats heeft zich een 'tax-on-tax-effect' voorgedaan. Dat hangt samen met de omstandigheid dat een rationeel handelende ondernemer al zijn kosten, waaronder niet-aftrekbare voorbelasting, zoveel mogelijk probeert af te wentelen op zijn afnemers. Zijn die afnemers ondernemers, dan zullen die op hun beurt proberen om ook hun hogere kostprijs weer te verdisconteren in hun prijzen. Zodoende moet aangenomen worden dat in de prijs exclusief belasting die

5 Een uitzondering geldt voor het verrichten van financiële diensten aan afnemers buiten de EU. Zie art. 15 lid 2 onderdeel c Wet OB 1968.

6 Zie ook M.E. van Hilten, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2010, p. 29-30.

7 Zie art. 1 lid 2 Btw-richtlijn.

de consument betaalt voor de televisie een element ‘spookbelasting’ is verborgen.⁸ Bij de verschuldigdheid van belasting over die spookbelasting doet zich cumulatie van belasting in de meest zuivere vorm voor.

2.2. *De paradox in concernverhoudingen*

Bij concerns die aan derden uitsluitend belast presteren ligt op het eerste gezicht volledige aftrek van voorbelasting voor de hand. Toch is ook voor dergelijke concerns de hiervoor beschreven paradox van de btw een factor om rekening mee te houden. Zo komt het regelmatig voor dat onderdelen van concerns vrijgestelde financiële diensten onderling verrichten. Althans, het zijn vooral vaak houdster- en concernfinancieringsentiteiten die aan andere concernonderdelen dergelijke diensten verlenen. Het kan daarbij gaan om kredietverlening, maar ook garantstellingen, handelingen betreffende effecten en handelingen betreffende overmakingen komen voor. Het gevolg van het verrichten van vrijgestelde financiële diensten is in beginsel een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting bij de presterende concernentiteit en een component aan niet-aftrekbare voorbelasting die gaat behoren tot de kostprijs voor belaste goederenleveringen en diensten van het concern. Dit is alleen anders als de afnemende concernentiteiten buiten de EU zijn gevestigd. De Wet op de omzetbelasting 1968 staat in die situaties bij wijze van uitzondering toch recht op aftrek van voorbelasting toe voor vrijgestelde financiële diensten.⁹

Afhankelijk van de omstandigheden zijn onder de huidige wetgeving diverse alternatieven denkbaar om het nadeel van niet-aftrekbare voorbelasting binnen concerns te mitigeren. Te denken valt aan het omleiden van financiële diensten via een buiten de EU gevestigde entiteit. Bij concerns die enkel uit in Nederland gevestigde entiteiten bestaan, kan verder de vorming van een fiscale eenheid een mogelijkheid zijn.¹⁰ Uit het oogpunt van de omzetbelasting zeer doeltreffend kan ook het buiten de EU vestigen van de houdster- of concernfinancieringsentiteit zijn.

2.3. *Onwenselijkheid van de paradox in concernverhoudingen*

Dat houdster- en concernfinancieringsentiteiten zich vanwege het ontbreken van volledig recht op aftrek van voorbelasting buiten Nederland vestigen, kan op zichzelf genomen al onwenselijk genoemd worden. Het aantal gevallen waarin de niet-aftrekbaarheid van voorbelasting werkelijk leidt tot emigratie of het niet vestigen van een entiteit in Nederland is echter niet of zeer lastig in te schatten. Omdat het financiële impact heeft, is het reëel om te veronderstellen dat het ontbreken van volledig recht op aftrek van voorbelasting een rol speelt bij vestigingsbeslissingen van bedrijven. Ook kan een zeker gevoel van onrechtvaardigheid een rol spelen. Vooral Amerikanen lijken het weleens opmerkelijk te vinden dat omzetbelasting bij bedrijven aan de

⁸ De term ‘spookbelasting’ is dankbaar geleend van M.E. van Hilten, a.w., p. 29 e.v.

⁹ Zie art. 15 lid 2 onderdeel c Wet OB 1968.

¹⁰ Zie art. 7 lid 4 Wet OB 1968.

inkoopzijde een kostenpost vormt (ooit is mij in dit verband de uitspraak “VAT is a communist plot” ingefluisterd).

Een ander aspect is dat de omzetbelasting zo min mogelijk van invloed zou moeten zijn op de wijze waarop een onderneming is georganiseerd.¹¹ Zo lijkt het weg nemen van de prikkel om ondernemingen te concentreren een belangrijke reden te zijn geweest om het huidige btw-stelsel te verkiezen boven een cumulatief omzetbelastingssysteem, zoals Nederland dat voor 1969 had.¹² Dat neemt niet weg dat het ook onder de huidige Nederlandse omzetbelastingregelgeving gunstiger kan zijn om een onderneming in één entiteit te concentreren dan om verschillende functies, in het bijzonder financieringsfuncties, onder te brengen in afzonderlijke entiteiten. Opmerkelijk is ook dat een EU-concern¹³ onder omstandigheden slechter af is dan een concern dat dezelfde activiteiten ontplooit en zuiver nationaal is georganiseerd. Dat staat op gespannen voet met de doelstellingen op het gebied van de interne markt. Het onderscheid ontstaat doordat een concern dat enkel uit in Nederland gevestigde vennootschappen bestaat vaak een fiscale eenheid kan vormen. Onderlinge prestaties van de onderdelen van de fiscale eenheid zijn voor de heffing van omzetbelasting irrelevant en beïnvloeden daarom niet het recht op aftrek van voorbelasting. Een fiscale eenheid kan echter alleen bestaan tussen in dezelfde lidstaat gevestigde ondernemers.¹⁴ Een EU-concern kan daarom geen fiscale eenheid vormen. Evenmin biedt voor dergelijke concerns de uitzondering voor financiële diensten verricht aan afnemers buiten de EU soelaas.

3. Gevolgen en contouren van een optie voor belastingheffing

3.1. *Gevolgen van een optie voor belastingheffing*

De oplossing bij uitstek om het paradoxale effect van de financiële vrijstellingen binnen concerns tegen te gaan, is deze vrijstellingen niet toepassen. Belastingheffing leidt immers tot recht op aftrek van voorbelasting. Een mogelijkheid om tot belastingheffing te komen, is belastingplichtigen het recht te verlenen om voor belastingheffing te opteren. Een optierecht zorgt er bovendien voor dat belastingplichtigen de vrijstelling kunnen blijven toepassen in situaties waarin dit toch gunstiger is. Dat kan in het bijzonder zo zijn als het concern ook aan derden in niet onbetekenende mate vrijgestelde prestaties verricht.¹⁵

¹¹ De mate van verbruik, waar de belasting bij wil aansluiten, hangt immers uiteindelijk niet af van de wijze waarop ondernemingen in de productie- en distributieketen georganiseerd zijn.

¹² Zie bv. *Rapport van het fiscaal en financieel comité* (Neumark-rapport), 1962, p. 47.

¹³ Met een EU-concern wordt een concern bedoeld met entiteiten in verschillende EU-landen. De entiteit die financiële diensten verricht is in het kader van deze bijdrage in Nederland is gevestigd.

¹⁴ Opgemerkt zij dat in uitzonderlijke gevallen een in het buitenland gevestigde vennootschap ook onderdeel kan zijn van een Nederlandse fiscale eenheid voor de omzetbelasting. Vereist is dat de buitenlandse vennootschap een vaste inrichting in Nederland heeft. Zie HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/287 m.nt. M.E. Van Hilten. De Btw-richtlijn staat lidstaten niet toe om een grensoverschrijdende fiscale eenheid in te voeren, zie art. 11 Btw-richtlijn.

¹⁵ Bijvoorbeeld de bancaire sector heeft er belang bij dat op door banken uitbestede diensten een vrijstelling van omzetbelasting van toepassing is. Zie in dit verband *Met hoofdkantoren naar de top. Actie-agenda ter versterking*

Hoewel het in grensoverschrijdende situaties effectief vaak niet mogelijk zal zijn om voor belastingheffing te opteren, hoeft dit niet in de weg te staan aan het bereiken van het beoogde resultaat (aftrek van voorbelasting). De reden dat een optie voor belastingheffing in grensoverschrijdende situaties vaak niet mogelijk zal zijn, is dat financiële diensten verricht aan in het buitenland gevestigde entiteiten/ondernemers voor de heffing van omzetbelasting niet in Nederland plaatsvinden. B2B-diensten¹⁶ worden in beginsel namelijk daar geacht te zijn verricht, waar de afnemer is gevestigd. Als financiële diensten niet in Nederland plaatsvinden, is een keuze voor belastingheffing daarvan in Nederland uiteraard niet aan de orde. Dat neemt niet weg dat wel recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan voor de in Nederland gevestigde entiteit die dergelijke diensten verricht. Daarvoor is volgens bestendig beleid vereist dat aannemelijk is dat voor belastingheffing zou zijn gekozen als de dienst in Nederland had plaatsgevonden en dat, indien mogelijk, in het buitenland geopteerd wordt voor belastingheffing.¹⁷

Opgemerkt zij wel dat een optie voor belastingheffing niet alle holdingproblematiek oplost. Als bijvoorbeeld een houdsterentiteit alleen aandelen houdt en geen prestaties tegen vergoeding verricht, dan is zij niet belastingplichtig en heeft zij geen recht op aftrek van voorbelasting.¹⁸ Een optie voor belastingheffing van financiële diensten verandert daaraan niets.¹⁹

3.2. *Beperking van de optie tot financiële prestaties binnen concerns*

Het principe van een optie voor belastingheffing is op zich niet ingewikkeld en bestaat bovendien al voor diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed.²⁰ De wens om het optierecht te beperken tot financiële diensten die binnen concerns worden verricht, maakt de vormgeving van het optierecht echter iets lastiger. Vooral een goede definitie van een concern is belangrijk.²¹

Het ligt voor de hand om voor de definitie van een concern aan te sluiten bij de bestaande voorwaarden voor een fiscale eenheid, maar dan zonder de territoriale beperking. Dit betekent dat entiteiten die in financieel, organisatorisch en economisch opzicht nauw verweven zijn een concern vormen en kunnen opteren voor btw-heffing van financiële diensten die zij aan elkaar verrichten. Wel is het zo dat

van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten (rapport Topteam hoofdkantoren), juni 2011, p. 33.

16 B2B staat voor business-to-business, oftewel van de ene ondernemer aan de andere ondernemer. Zie art. 6 lid 1 Wet OB 1968.

17 Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, *Stcrt.* 2011, 21 834, onderdeel 7. Dit onderdeel vervangt het besluit van 22 januari 1996, nr. VB 95/3667. Zie hierover ook: J. Swinkels, 'Tax Neutrality and Cross-Border Services', *International VAT Monitor* 2005, p. 95-96.

18 Zie o.a. HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, *FED* 1991/633 (*Polysar*), HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00, *BNB* 2002/182 (*Welthgrove*) en HvJ EG 28 oktober 2009, nr. C-29/08, *BNB* 2010/251, r.o. 28 (*AB SKF*).

19 Overigens kan een houdsterentiteit die moeite in het beheer van haar dochterondernemingen zonder ondernemer te zijn (vooralsnog) deel uitmaken van een fiscale eenheid. Zie Resolutie van 19 februari 1991, nr. VB91/347, onderdeel 8.

20 Zie art. 11 lid 1 onderdeel a ten tweede en onderdeel b ten vijfde Wet OB 1968.

21 Zie uitgebreider over concerns en definities c.q. omschrijvingen daarvan: G.J. van Norden, *Het concern in de BTW* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-14, alsmede hoofdstuk 3 en de door hem aangehaalde literatuur.

de voorwaarden voor de fiscale eenheid btw in de praktijk soms tot complicaties leiden, vooral het vaststellen van de verwevenheid in economisch opzicht. Die complicaties zouden dan ook gaan gelden voor de optie voor belastingheffing. Een alternatief om die complicaties te vermijden is om alleen overheersende zeggenschap te eisen.²² Een dergelijk criterium voorkomt niet alleen dat getoetst moet worden of economische verwevenheid aanwezig is, maar brengt ook mee dat de optie voor belastingheffing in meer gevallen aan bod kan komen. Daarvoor valt het nodige te zeggen, vanuit de gedachte dat dit in meer gevallen cumulatie van belasting voorkomt.

3.3. *Wenselijkheid van nadere beperkingen*

De bijzondere positie van vooral banken en de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik zouden aanleiding kunnen zijn om nadere beperkingen aan het optierecht te stellen. Wat betreft de positie van banken is de vraag of wenselijk zou kunnen zijn om hen van de optie voor belastingheffing uit te sluiten om verstoringen van de mededinging te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bank financiële diensten verricht aan een aannemingsbedrijf waarmee zij tijdelijk een concern vormt. Het aannemingsbedrijf presteert uitsluitend belast, hetgeen opteren voor belastingheffing gunstig maakt. Een spanningsveld doemt dan op. Enerzijds gaan voor het wel toestaan van een optie voor belastingheffing alle eerder genoemde argumenten op. Anderzijds zou het aannemingsbedrijf van een bank tegen gunstiger voorwaarden toegang krijgen tot bancaire diensten dan andere aannemingsbedrijven die niet behoren tot een concern met een bank. Hoewel een aannemingsbedrijf binnen een ander concern ook met een optie voor belastingheffing financiële diensten kan afnemen, zal zo een ander concern nog altijd wel extern bancaire diensten moeten inkopen. Bij die externe inkoop zou een optie voor belastingheffing niet mogelijk zijn, waardoor zij in hun kosten voor bancaire diensten altijd te maken hebben met een element van spookbelasting (door de bank afgewentelde niet-aftrekbare voorbelasting). Bij een dochteronderneming van een bank valt deze spookbelasting weg als de bank kan opteren voor belastingheffing.

Het opkloppen van het pro rata (de mate van aftrekrecht berekend op basis van omzetverhoudingen) zou oneigenlijk gebruik van het optierecht kunnen zijn. Te denken valt aan de situatie dat een ziekenhuis een dochtervennootschap heeft die uitsluitend belast presteert en een kredietbehoefte heeft. De dochtervennootschap kan daarvoor zelf rechtstreeks een krediet bij de bank aantrekken. Als een optierecht voor belastingheffing bestaat zou het echter gunstiger kunnen zijn om het ziekenhuis tussen te schakelen. Het ziekenhuis leent dan bij de bank en opteert voor belastingheffing bij het doorlenen aan de dochtervennootschap. Dat zorgt ervoor dat

²² Van de ene entiteit over de andere of van een derde entiteit over beide bij de financiële dienstverlening betrokken entiteiten.

de belaste omzet van het ziekenhuis toeneemt, het pro rata hoger wordt en dat het ziekenhuis meer voorbelasting mag aftrekken.²³

Hoewel het werkelijke belang van beide vraagstukken wellicht meevalt, zou daarin niettemin een aanleiding gezien kunnen worden voor verdere beperkingen aan het optierecht. Een mogelijkheid is om te eisen dat degene die de financiële dienst binnen concern verricht niet in substantiële mate vrijgestelde prestaties aan derden mag verrichten. Vanuit het oogpunt van eenvoud verdient het echter de voorkeur om zoveel mogelijk af te zien van beperkingen van een optierecht.²⁴

3.4. Voorwaarden

Behalve beperkingen aan het optierecht, zijn ook voorwaarden voor de uitoefening daarvan wenselijk. Als voorbeeld kunnen de voorwaarden dienen die gelden voor de bestaande optie voor belastingheffing bij handelingen in de sfeer van het onroerend goed. Zo zou als voorwaarde kunnen gelden dat het optierecht moet worden uitgeoefend in een schriftelijke overeenkomst tot het verrichten van de financiële diensten. Een beschikking van de inspecteur kan een aanvullende mogelijkheid zijn, al dan niet om de rechtszekerheid te bevorderen.

4. Europeesrechtelijke aandachtspunten

4.1. *La liberté est le droit de faire tout ce que la directive et le traité permettent*²⁵

Artikel 137 is de bepaling uit de Btw-richtlijn die lidstaten toestaat om belastingplichtigen het recht verlenen om voor belastingheffing te kiezen ter zake van financiële prestaties en ter zake van diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed. Naar blijkt uit artikel 137 is het de lidstaten toegestaan om de omvang van het keuzerecht te beperken en om voorwaarden eraan te stellen. De mogelijkheid om beperkingen en voorwaarden te stellen is echter geen carte blanche voor lidstaten om elke regeling in te voeren die hen goed dunkt. De belangrijkste spelregels vanuit Unierechtelijk perspectief zijn de inachtneming van de fiscale neutraliteit en het verbod op ongeoorloofde staatssteun van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

23 Het is overigens denkbaar dat de rente-inkomsten bij het ziekenhuis zijn aan te merken als inkomsten uit bijkomstige financiële handelingen. Op grond van art. 174 lid 2 onderdeel c Btw-richtlijn behoren dergelijke inkomsten niet meegenomen te worden in de berekening van het pro rata. Nederland heeft echter de betreffende bepaling uit de Btw-richtlijn niet geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Daarnaast lijkt van bijkomstige financiële handelingen niet snel sprake te zijn, in het bijzonder niet als de rente-inkomsten ten opzichte van de overige inkomsten de overhand krijgen. Zie ook: M.E. van Hilten in haar noot bij HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01, *BNB* 2004/285 (*EDM*).

24 Bij het stellen van nadere beperkingen is het zinvol om extra aandacht te besteden aan het verbod op staatssteun. Zie hierover hierna onderdeel 4.3.

25 Vrij naar Montesquieu, *De l'esprit des lois*: "La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent" (Vrijheid is het recht om alles te doen wat de wet toestaat).

4.2. *Fiscale neutraliteit*

De neutraliteit van de omzetbelasting is bij uitstek een relatieve aangelegenheid en betreft daarom altijd bepaalde verhoudingen.²⁶ Daarbij geldt dat neutraler in de ene verhouding minder neutraal in een andere verhouding kan betekenen. Dat geldt mogelijk ook voor een optie voor belastingheffing van financiële diensten binnen concernverband. Een optie voor belastingheffing kan bijvoorbeeld effectief cumulatief van belasting tegengaan en in dat opzicht bijdragen aan wat de juridische neutraliteit genoemd wordt. Anderzijds differentieert een beperkt optierecht naar de omstandigheden die zich voordoen bij het verrichten van een financiële dienst, terwijl de aard van de dienst niet wezenlijk hoeft te verschillen. Dat is misschien weer niet zo neutraal.

Het Hof van Justitie lijkt in zaken waarin een beperkte implementatie van kan-bepalingen uit de Btw-richtlijn aan de orde is vooral waarde te hechten aan neutraliteit op het gebied van de mededinging. Het is lidstaten volgens het Hof van Justitie uit het oogpunt van de mededingingsneutraliteit namelijk niet toegestaan om kan-bepalingen zodanig te implementeren dat een verschillende behandeling van soortgelijke goederen of diensten voor de toepassing van de omzetbelasting ontstaat.²⁷ Daarbij heeft het Hof van Justitie recent geoordeeld dat voor een schending van de neutraliteit in deze zin niet vereist is dat goederen of diensten met elkaar concurreren en dat dus daadwerkelijk een verstoring van de mededinging aan de orde is. Uit eerdere rechtspraak had wellicht nog wel kunnen worden afgeleid dat een schending van de neutraliteit daadwerkelijke concurrentie vereist is.²⁸ De (soort)gelijkheid van diensten brengt volgens het Hof schijnbaar automatisch met zich mee dat ze met elkaar concurreren.

Op het eerste gezicht lijkt met deze uitleg van het neutraliteitsbeginsel weinig ruimte te bestaan om belastingplichtigen enkel binnen concernverhoudingen het recht te verlenen om financiële diensten in de belastingheffing te betrekken. Hoewel de ene lening de andere lening niet hoeft te zijn, is goed denkbaar dat een externe lening vrij (soort)gelijk is aan een lening binnen concern. Toch ligt het genuanceerder. Het Hof van Justitie heeft namelijk ook geoordeeld dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de implementatie van een optie voor belastingheffing in hun nationale wetgeving en dus bij het stellen van beperkingen daaraan.²⁹ De waarde van dit oordeel zou beperkt zijn als de verplichting bestond voor lidstaten om soortgelijke handelingen zonder meer hetzelfde te behandelen. Als dat zo zou zijn, dan moeten

26 In dezelfde zin o.a. J. Reugebrink, *Enkele beschouwingen over de neutraliteit van de omzetbelasting* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1965 en M.E. van Hilten, a.w., p. 9 e.v.

27 Zie o.a. HvJ 11 oktober 2001, nr. C-267/99, *Jur.* 2001, p. I-07467, r.o. 36 (*Adam*); HvJ 12 januari 2006, nr. C-246/04, *NTFR* 2006/89, r.o. 30-35 (*Turn- und Sportunion Waldburg*); HvJ 6 mei 2010, nr. C-94/09, *NTFR* 2010/1208, r.o. 25-26 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ 3 maart 2011, nr. C-41/09, *BNB* 2011/144 (*Commissie/Nederland*) en HvJ 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-269/10, *NTFR* 2011/2930, r.o. 32 (*The Rank Group*).

28 HvJ 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-269/10, *NTFR* 2011/2930, r.o. 33 e.v. (*The Rank Group*).

29 HvJ 19 januari 1982, nr. 8/81, *Jur.* 1981, p. 53, r.o. 28 (*Becker*); HvJ 3 december 1998, nr. C-381/97, *V-N* 1999/14.25, r.o. 16-17 (*Belgocodex*); HvJ 9 september 2004, nr. C-269/03, *Jur.* 2004, p. I-08067, r.o. 21 (*Objekt Kirchberg*) en HvJ 12 januari 2006, nr. C-246/04, *NTFR* 2006/89, r.o. 30-35 (*Turn- und Sportunion Waldburg*).

bijvoorbeeld ook gereede twijfels bestaan of de beperkingen aan de bestaande optie voor belastingheffing bij de levering en verhuur van onroerend goed zijn toegestaan. Daarbij geldt als belangrijkste voorwaarde dat de koper of huurder het onroerend goed gebruikt voor doeleinden waarvoor hij voor ten minste negentig percent recht op aftrek van voorbelasting heeft. Bij de levering van een kantoorpand aan een koper met 91 percent recht op aftrek van voorbelasting kan dus geopteerd worden voor btw-heffing, terwijl dat bij een koper met 89 percent recht op aftrek niet mogelijk is. Dit doet echter niets af aan de omstandigheid dat de verkoper in beide situaties dezelfde handeling verricht.

Hoewel het voorgaande zeker nadere aandacht behoeft, is mijn inschatting dat belangrijker is of een optierecht al dan niet een nadeel vormt voor externe aanbieders van financiële diensten, zoals banken. Enig effect is uiteraard nooit uit te sluiten, maar reden voor optimisme is dat het aantrekken van externe financiering binnen concerns in veel gevallen centraal geschiedt of in elk geval op centraal niveau gecoördineerd wordt. Door een optierecht voor belastingheffing van financiële diensten binnen concerns is dan ook denkbaar dat de externe financieringsbehoefte van concerns niet substantieel wijzigt. Dit zou betekenen dat banken en andere verschaffers van externe financiering geen significant nadeel zullen ondervinden.

4.3. Staatssteun

Naast fiscale neutraliteit speelt het verbod op staatssteun. Als Nederland een optie voor belastingheffing invoert voor financiële diensten die binnen concernverband worden verricht, leidt dat tot een financieel voordeel (aftrek van voorbelasting) voor met name in Nederland gevestigde houdster- en concernfinancieringsentiteiten. De vraag is of dit voordeel als verboden staatssteun kan kwalificeren. De financiering van dit financiële voordeel vindt namelijk vanwege de staat plaats en is aan de staat toerekenbaar (voorwaarde 1 voor staatssteun) en een beïnvloeding van de handel tussen lidstaten lijkt vervolgens vrij snel aangenomen te moeten worden (voorwaarde 2).³⁰ Of de begunstiging selectief genoeg is om van staatssteun te spreken, kan echter betwijfeld worden (voorwaarde 3), evenals of sprake is van voldoende verstoring van de mededinging (voorwaarde 4).

Met name de aanwezigheid van selectiviteit is twijfelachtig. Als steunmaatregelen voortvloeien uit de aard en opzet van het systeem waarvan de maatregelen deel uitmaken, dan zijn de maatregelen niet selectief.³¹ In de literatuur is gesteld dat alle maatregelen die passen binnen de kaders van de Btw-richtlijn inderdaad voortvloeien uit de aard en opzet van het systeem.³² Als dat zo is, dan is verboden staatssteun

30 Vgl. B. Terra, 'Value Added Tax and State Aid Law in the EU', in: H. van Arendonk, S. Jansen & R. van der Paardt (red.), *VAT in an EU and International Perspective* (Kogels-bundel), Amsterdam: IBFD 2011, p. 309-310.

31 Zie bijvoorbeeld punt 70 van de conclusie van A-G Sharpston in de zaak *Sandra Puffer* van 11 december 2008 (nr. C-460/07) en HvJ 29 april 2004, nr. C-308/01, *Jur.* 2004, p. I-04777, r.o. 72 (*GIL Insurance*).

32 B. Terra, a.w., p. 316. Anders, althans genuanceerder: R.H.C. Luja, '(Niet-)richtlijnconform handelen: over btw en staatssteun', in: M.M. Gabriël & R.H.C. Luja (red.), *De toekomst van de btw* (Denie-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 130-131.

geheel niet aan de orde, mits een optie voor belastingheffing van financiële diensten binnen concernverband verenigbaar is met het beginsel van fiscale neutraliteit.

Het zou ook genuanceerder kunnen liggen, in de zin dat ook maatregelen die blijven binnen de kaders van de Btw-richtlijn staatssteun op kunnen leveren. Voor die situaties is een beschikking van de Europese Commissie over de voorgestelde ‘groepsrentebox’ in de Nederlandse vennootschapsbelasting interessant.³³ De groepsrentebox is een maatregel waardoor rente die wordt betaald binnen een groep van entiteiten (lees: een concern) tegen een gereduceerd tarief belastbaar en aftrekbaar zal worden voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor zal een entiteit die aan een gelieerde entiteit een lening verstrekt een fiscaal voordeel genieten.³⁴ Een niet gelieerde bank, die dezelfde lening zou kunnen verstrekken, heeft dat voordeel niet. De vraag, waarop de Commissie in haar beschikking uitgebreid ingaat, is of hier een specifieke begunstiging aan de orde is. Die vraag beantwoordt de Commissie ontkennend, omdat de groepsentiteit en de bank om meerdere redenen niet in een soortgelijke situatie verkeren bij het verstrekken van de lening.³⁵ De indruk ontstaat dat de Commissie daarvoor centrale zeggenschap binnen de groep over financiering van tot de groep behorende entiteiten belangrijk acht.³⁶ Ook zijn de voorwaarden van de groepsrentebox niet zodanig dat slechts een zeer beperkt aantal ondernemingen kan profiteren.³⁷ De Commissie komt daarom tot de conclusie dat de groepsrentebox geen verboden staatssteun inhoudt.

Dezelfde redenering zou mijns inziens kunnen worden gevolgd voor een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverband. Dat zou betekenen dat de optie niet specifiek is en daarom geen verboden staatssteun oplevert.

5. Afsluitende opmerkingen

Het is naar mijn mening zeker de moeite waard om een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverband nader te onderzoeken. Daarmee kan de btw namelijk haar steentje bijdragen aan de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland voor met name houdster- en concernfinancieringsentiteiten. Afgezien van het vestigingsklimaat kan een optierecht bijdragen aan het wegnemen van enige

33 Beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen (2009/809/EG) (*PbEU* 2009, L288/26), punt 83 e.v. Zie over deze beschikking: R.H.C. Luja, ‘De groepsrenteboxbeschikking: onbedoeld te gunstig?’, *WFR* 2009/1067.

34 Aan de orde is overigens geweest de vraag of de beoordeling van een begunstiging op het niveau van de groep zou moeten plaatsvinden. De Commissie heeft deze vraag ontkennend beantwoord, zie punten 77-82.

35 Zie voor een ander geluid: E.C.C.M. Kemmeren, ‘(Aangescherpte) groepsrentebox is naar huidige stand van zaken verboden staatssteun’, *WFR* 2009/371.

36 Zie punten 98-101.

37 Dit was anders bij het voormalige CFA-regime. Dit was een begunstigende regeling voor concernfinancieringsactiviteiten, waarbij de voorwaarden zodanig waren dat slechts een zeer beperkt aantal ondernemingen (87) er feitelijk gebruik van kon maken. Zie Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (2003/515/EG) (*PbEU* 2003, L180/52).

scherpe randjes van de huidige omzetbelastingwetgeving in Nederland. Het blijft immers vreemd dat onderdelen van concerns, die als geheel aan derden uitsluitend belast presteren, thans te maken kunnen krijgen met een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting als zij intern (vrijgestelde) financiële diensten verrichten. De optie voor belastingheffing kan een effectief instrument zijn om het paradoxale effect van de vrijstellingen die dit veroorzaken weg te nemen. De belangrijkste te nemen juridische hobbel lijkt het beginsel van fiscale neutraliteit te zijn, zoals opgevat door het Hof van Justitie tot dusver. Onoverkomelijk hoeft deze hobbel zeker niet te zijn, omdat significante verstoringen van de mededinging niet voor de hand liggen. Het verbod op staatssteun lijkt ook overkomelijk, mede gelet op de beschikking van de Europese Commissie over de groepsrentebox.

Een punt ten slotte, dat onbesproken is gebleven, maar ter afsluiting toch kort aangestipt moet worden, zijn de mogelijke gevolgen voor 's-Rijks schatkist. Hoewel het buiten het kader van deze bijdrage valt om die gevolgen te berekenen, lijkt het mij niet op voorhand zeker dat op lange termijn een substantiële daling van de totale belastinginkomsten het gevolg is. Daarvoor is enerzijds de omvang van de regeling te beperkt en moet anderzijds rekening gehouden worden met mogelijke positieve effecten op de inkomsten uit directe belastingen. Overwegingen van begrotingstechnische aard zijn daarom geen reden om de beschreven optie voor belastingheffing, en daarmee een bijdrage van de btw aan het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat, bij voorbaat af te wijzen.

De toepassing *ratione personae* van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969

mr. G.F. Boulogne¹

1. Inleiding

In veel van zijn publicaties gaat Jaap Bellingwout in op onderwerpen die zich bevinden op het snijvlak van drie rechtsgebieden: het belastingrecht, het Europese recht en het (internationale) privaatrecht. Zo analyseerde hij, onder meer, fiscale aspecten van de SE-verordening,² implementatieraadsels van de Moeder-dochterrichtlijn³ en (on-)mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting na het arrest *Cartesio*.⁴ De basis van zijn belangstelling voor deze onderwerpen legde hij waarschijnlijk tijdens zijn promotieonderzoek naar de zetelverplaatsing van rechtspersonen.⁵

Het onderwerp van deze bijdrage, de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969, laat zich eveneens onder genoemde drie-eenheid scharen. Deze bepalingen vormen de nationaalrechtelijke implementatie van de EU-fusierichtlijn⁶ en zij dienen de volledige werking van die richtlijn te garanderen. In deze bijdrage doe ik aanbevelingen ter verruiming van de personele reikwijdte van deze faciliteiten bij grensoverschrijdende reorganisaties binnen de Europese Unie. Het belang voor de Nederlandse economie van dergelijke reorganisaties lijkt lastig te overschatten: vele van 'onze' beursparels zijn immers ontstaan uit fusies tussen Nederlandse en buitenlandse ondernemingen, denk bijvoorbeeld aan Reed Elsevier of Akzo Nobel.⁷ Een verruimde reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 leidt tot een versterking van de concurrentiekracht van het Nederlandse fiscale stelsel. Het is hierbij niet alleen *wenselijk* dat de wetgever gehoor geeft aan

¹ Frederik Boulogne is verbonden aan PwC (EU Direct Tax Group) en aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

² J.W. Bellingwout & J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de Societas Europaea (i)', *MBB* 2003/11, p. 337-350 en J.W. Bellingwout & J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de Societas Europaea (ii)', *MBB* 2004/2, p. 61-79.

³ J.W. Bellingwout, 'Implementatieraadsels: de nieuwe Moeder-dochterrichtlijn', in: H.M.N. Schonis & G.T.K. Meussen (red.), *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast* (Schonis-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 39-54.

⁴ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*. Zie J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/6800, p. 217-227 en J.W. Bellingwout & M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', *WFR* 2012/6935, p. 1728-1739.

⁵ J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen, privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (diss. Nijmegen), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 54, Deventer: Kluwer 1996.

⁶ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009.

⁷ Elsevier NV en het Britse Reed International PLC: www.reed-elsevier.com/aboutus/OurHistory/Pages/Home.aspx en Akzo NV en het Zweedse Nobel Industries: www.akzonobel.com/eka/aboutus/history/.

mijn aanbevelingen, sommige aanpassingen lijken mij zelfs *noodzakelijk* om strijdigheden met het internationale en het Europese recht weg te nemen.

2. Speelveld

Wanneer ik me beperk tot het *fiscale* speelveld bij grensoverschrijdende reorganisaties, wordt duidelijk dat hierin diverse lagen kunnen worden onderscheiden. Relevante nationale wetsbepalingen zijn onder meer art. 3.55 – 3.57 en art. 4.41 – 4.42 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969. Deze bepalingen dienen richtlijnconform te worden uitgelegd.⁸ Daarnaast is er de EU-fusierichtlijn, waarvan de reikwijdte, krachtens art. 1 onderdeel a, beperkt is tot fusies etc. “waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”. Echter, omdat de Nederlandse wetgever reorganisaties die onder de richtlijn vallen en reorganisaties die daar niet onder vallen “op nauwkeurig identieke wijze (...) heeft geregeld”,⁹ dienen de desbetreffende bepalingen in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 ook bij zuiver interne reorganisatie richtlijnconform te worden uitgelegd.

Bij reorganisaties buiten de reikwijdte van de EU-fusierichtlijn, is Nederland in beginsel soeverein bevoegd in de vormgeving van zijn belastingheffing. Deze bevoegdheid dient volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU echter in overeenstemming met het Unierecht te worden uitgeoefend.¹⁰ In de zaak *SEVIC AG* expliciteerde het HvJ EG dat grensoverschrijdende fusies “bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormen”.¹¹ Deze overweging geldt naar mijn mening evenzeer met betrekking tot de andere in de EU-fusierichtlijn genoemde reorganisatievormen, zoals splitsingen en bedrijfsfusies. Ook de vrijheid van kapitaalverkeer kan aan de orde zijn bij grensoverschrijdende reorganisaties.¹²

De door Nederland gesloten belastingverdragen kunnen van invloed zijn op de vraag of nationaalrechtelijke bepalingen in overeenstemming zijn met de EU-fusierichtlijn of de vrije verkeersbepalingen. Een treffend voorbeeld is de belastingheffing van een buitenlandse aandeelhouder bij de vervreemding van diens ‘aanmerkelijke belang’ in een in Nederland gevestigde vennootschap.¹³ Een dergelijke heffing zal op grond van het vermogenswinstartikel (art. 13 lid 5) in veel van de door Nederland gesloten OESO-conforme belastingverdragen niet toegestaan zijn. In die gevallen zal de Nederlandse heffing op grond van het nationale recht geen strijdigheid (kunnen) opleveren met de EU-fusierichtlijn of de vrijeverkeersbepalingen.

⁸ Ik abstraheer van de (mogelijke) doorwerking van de EU-fusierichtlijn in het nationale recht door middel van (i) directe werking of (ii) een *Francovich*-overheidsaansprakelijkheidprocedure. Zie in dit verband J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht: de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Serie Europese monografieën deel 73, Deventer: Kluwer 2004.

⁹ HR 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB* 1998/176.

¹⁰ Zie bijv. HvJ EG 18 juni 2009, nr. C-303/07 (*Aberdeen Property*), r.o. 24.

¹¹ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, (*SEVIC AG*), r.o. 19.

¹² Bijvoorbeeld bij een aandeelhouder die een minderheidsbelang ruilt, als gevolg waarvan de verwervende vennootschap een meerderheidsbelang verkrijgt in de verworven vennootschap.

¹³ Op grond van art. 3 jo. art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.

Tot slot bepalen ook de non-discriminatiebepalingen in de door Nederland gesloten bilaterale en multilaterale verdragen (zoals bijv. het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: ‘IVBPR’)) de reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten.

3. De personele reikwijdte van de EU-fusierichtlijn

3.1. Inleiding

Voordat een oordeel gevormd kan worden over de reorganisatiefaciliteiten in nationale wet, dient eerst de personele reikwijdte is van de EU-fusierichtlijn te worden vastgesteld. Dit blijkt, zacht gezegd, nog niet zo’n eenvoudige exercitie. Zoals hierboven is opgemerkt, bepaalt art. 1 onderdeel a, dat de EU-fusierichtlijn van toepassing is op fusies etc. “waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”. Art. 3 van de EU-fusierichtlijn bepaalt dat onder de term ‘vennootschap van een lidstaat’ wordt verstaan een vennootschap:

- “a) die een van de in bijlage I, deel A, genoemde rechtsvormen heeft;
- b) die volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat wordt geacht fiscaal in die lidstaat te zijn gevestigd en die volgens een met een derde land gesloten verdrag inzake dubbele belastingheffing niet wordt geacht fiscaal buiten de Gemeenschap te zijn gevestigd, en
- c) die, zonder mogelijkheid van keuze en zonder ervan te zijn vrijgesteld, is onderworpen aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen of aan enige andere belasting die in de plaats zou komen van een van die belastingen.”

3.2. De term ‘vennootschap’

3.2.1. Inleiding

De EU-fusierichtlijn definieert de term ‘vennootschap’ niet. De vraag of een bepaald lichaam kwalificeert als een ‘vennootschap’ in de zin van de EU-fusierichtlijn is relevant wanneer het een lichaam betreft uit een lidstaat waarvan niet alle kwalificerende rechtsvormen expliciet genoemd zijn in bijlage I, deel A, bij de EU-fusierichtlijn, maar waarbij (tevens) gebruik gemaakt is van restclausules zoals “[d]e vennootschappen naar het recht van het Verenigd Koninkrijk”. Bij lichamen met een expliciet genoemde rechtsvorm, staat de kwalificatie van dat lichaam als ‘vennootschap’ in de zin van de EU-fusierichtlijn buiten kijf.

3.2.2. Letterlijke interpretatie

Uit de zaak *CILFIT* blijkt dat een letterlijke interpretatie van de term ‘vennootschap’ dwingt tot een vergelijking van de verschillende (authentieke) taalversies.¹⁴ Het is goed denkbaar dat die taalkundige uitleg gekleurd zal zijn door verschillen

¹⁴ HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81 (*CILFIT*), r.o. 18-20.

tussen de rechtstelsels in de lidstaten. In het Verenigd Koninkrijk, dat een ‘*common law*’ rechtstelsel kent, bestaat een onderscheid tussen ‘*companies*’ en ‘*partnerships*’.¹⁵ ‘*Companies*’ hebben rechtspersoonlijkheid, terwijl ‘*partnerships*’ rechtspersoonlijkheid ontberen. Op basis van dit onderscheid zal het Verenigd Koninkrijk wellicht aannemen dat een Britse ‘*partnership*’ geen toegang heeft tot de EU-fusierichtlijn. De ruime bewoording van de Britse paragraaf (ab) bij de bijlage bij de EU-fusierichtlijn staat aan die conclusie niet in de weg. In bijvoorbeeld Nederland en België, die beiden een ‘*civil law*’ rechtstelsel kennen, is het ‘*common law*’ onderscheid tussen ‘*companies*’ en ‘*partnerships*’ vervangen door een onderscheid tussen personenvennootschappen (‘*sociétés de personnes*’) en kapitaalvennootschappen (‘*sociétés de capitaux*’).¹⁶ Er zijn voorbeelden van kapitaalvennootschappen (bijv. de Belgische ‘*société en nom collectif/vennootschap onder firma*’) die de eigenschappen hebben van een ‘vennootschap’ onder civiel recht, maar die vanwege hun persoonlijke karakter meer gelijkenis vertonen met een ‘*partnership*’ onder ‘*common law*’. Echter, omdat deze rechtsvormen expliciet genoemd zijn in de bijlage bij de EU-fusierichtlijn, zal een ‘*common law*’ lidstaat, zoals het Verenigd Koninkrijk, een dergelijke kapitaalvennootschap dienen te erkennen als een ‘vennootschap van een lidstaat’ in de zin van de EU-fusierichtlijn. Het gebruik van de paraplueterm ‘vennootschap’ is daarom soms niet alleen verwarrend vanwege de verschillen tussen de rechtstelsels in de lidstaten, het gebruik van deze term is soms zelfs (civielrechtelijk) onjuist binnen één rechtstelsel. Zo is de coöperatie genoemd als een van de ‘vennootschappen naar Nederlands recht’ in de Nederlandse paragraaf (s) van de bijlage. Een coöperatie is echter geen ‘vennootschap’ in het Nederlandse burgerlijke recht.¹⁷

3.2.3. Systematische interpretatie

Bij een systematische interpretatie dient de term ‘vennootschap’ te worden geplaatst in het geheel van regels waarvan hij onderdeel uitmaakt.¹⁸ Binnen de EU-fusierichtlijn lijkt deze term een vrij generieke betekenis te hebben. Hoewel deze term ook voorkomt in andere richtlijnen op het gebied van de directe belastingen, kan daaruit evenmin zijn betekenis worden afgeleid. Zinvoller lijkt het om te kijken naar de betekenis van de gelijkkluidende term in art. 54 VWEU, dat de personele reikwijdte

15 Zie bijv. J. Heenen, ‘Chapter 1: Partnerships and other personal associations for profit’, in: A. Conard en D. Vagts (red.), *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIII: Business and Private Organizations, Leiden, Boston: Mohr, Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 8 en J. Maitland-Walker, ‘United Kingdom’, in: J. Maitland-Walker (red.), *Guide to European Company Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2008, p. 951. Zie ook G.K. Fibbe, ‘The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?’, *EC Tax Review* 2006/2, p. 95-102, die verwijst naar J.F. Avery Jones e.a., ‘Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax’, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, juli 2002, p. 288-320.

16 Zie G.K. Fibbe, ‘The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?’, *EC Tax Review*, 2006/2, p. 97 en J.F. Avery Jones e.a., ‘Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax’, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, juli 2002, p. 291.

17 Zie het onderscheid tussen ‘vennootschappen’ en ‘coöperaties’ in art. 2:3 BW en de aparte titels waaronder ‘vennootschappen’ (titels 4 en 5) en ‘coöperaties’ (titel 3) worden beheerst in het BW.

18 Zie bijv. HvJ EG 27 oktober 1977, nr. 30/77 (*Régina v. Pierre Bouchereau*), r.o. 14.

van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) nader invult. Art. 54, tweede volzin, VWEU bepaalt dat:

“[o]nder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

Er zijn twee goede argumenten om houvast te zoeken bij deze definitie. Ten eerste is de EU-fusierichtlijn vastgesteld door de Raad op grond van (het huidige) art. 115 VWEU als een maatregel “die rechtstreeks van invloed (...) [is] op de instelling of de werking van de interne markt”. De vrijheid van vestiging is onderdeel van het vrije verkeer van personen en zij is een *conditio sine qua non* voor het functioneren van de interne markt. Ten tweede heeft het HvJ EU in de zaak *SEVIC AG* geëxpliciteerd dat grensoverschrijdende fusies “bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormen”.

3.2.4. Teleologische interpretatie

De doelstelling van de EU-fusierichtlijn is tweeledig: enerzijds het wegnemen van fiscale obstakels bij grensoverschrijdende fusies,¹⁹ anderzijds het beschermen van de financiële belangen van de lidstaten.²⁰ Deze doelstelling biedt geen aanwijzingen dat de reikwijdte van de EU-fusierichtlijn beperkt zou moeten blijven tot ‘vennootschappen’ in civielrechtelijke zin. Integendeel, uit twee wijzigingsvoorstellen van de EU-fusierichtlijn door de Europese Commissie²¹ en uit de Company Taxation Study uit 2001²² blijkt steun te vinden voor de opvatting dat toegang tot de EU-fusierichtlijn zou moeten openstaan voor alle vennootschappen die inwoner zijn van een lidstaat en die in een lidstaat onderworpen zijn aan een winstbelasting.

Overigens, vanuit de gedachte dat het Nederlandse heffingsrecht verzekerd dient te blijven, kan ik de uitsluiting van bijv. een stichting of een vereniging bij een *zuiver interne* fusie nog begrijpen. Zo wordt immers voorkomen dat bij een fusie van een ‘passieve’ BV (zij houdt slechts beleggingen) in een stichting, de beleggingen van de BV uit de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting verdwijnen omdat de

19 In de zaak-*Leur Bloem* leidde het HvJ EU uit de considerans van de EU-fusierichtlijn de doelstelling af dat: “fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen uit verschillende Lid-Staten zijn betrokken, niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften van de Lid-Staten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies”. HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (*Leur-Bloem*), r.o. 45.

20 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs van 17 september 1996, nr. C-130/95 (*Leur-Bloem*), punt 58.

21 Zie punt 2 van het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten COM(1993) 293 definitief, *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 93/C 225/05, 20 augustus 1993 en punt 8 van het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten, COM(2003) 613 definitief – CNS 2003/0239, *Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 17 oktober 2003.

22 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité – Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen – Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan ondernemingen voor de vennootschapsbelasting op hun activiteiten in de gehele EU, COM(2001) 582 definitief, 23 oktober 2001, p. 235.

stichting slechts vennootschapsbelastingplichtig is voor zover zij een onderneming drijft. Dit lek is echter ondervangen in art. 14b Wet VPB 1969: bij een *ruisende* fusie dient de BV af te rekenen over de stille reserves op haar beleggingen, terwijl bij een *geruisloze* fusie latere heffing verzekerd dient te zijn (*quod non*). Dit punt is bij *grensoverschrijdende* fusies echter niet aan de orde: slechts de belastingplicht van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap is van belang voor de vraag of het heffingsrecht van de lidstaat van de inbrengende vennootschap verzekerd is.

3.3. *De drie cumulatieve vereisten van art. 3 van de EU-fusierichtlijn*

De drie vereisten in art. 3 van de EU-fusierichtlijn – het ‘rechtsvormvereiste’, het ‘vestigingsvereiste’, en het ‘onderworpenheidsvereiste’ – hoeven niet noodzakelijk in dezelfde lidstaat te worden vervuld.²³ In de literatuur is een casus beschreven waarin een *dual resident* vennootschap haar onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting in een derde lidstaat. De drie vereisten van art. 3 zouden dan in drie afzonderlijke lidstaten zijn voldaan.²⁴

Om vervolgens te kunnen vaststellen dat bij de grensoverschrijdende reorganisatie “vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”, moet worden bepaald aan welke lidstaat een vennootschap ‘toebehoort’. In de literatuur is wel betoogd dat, indien de drie vereisten van art. 3, van de EU-fusierichtlijn in meer lidstaten worden vervuld, de betreffende vennootschap een vennootschap van elk van deze lidstaten is. In dat geval zou automatisch voldaan zijn aan de voorwaarde in art. 1, onderdeel a, van de EU-fusierichtlijn.²⁵ Deze redenering stuit naar mijn mening echter af op het gebruik van het enkelvoudige “lidstaat van de vennootschap”,²⁶ hetgeen suggereert dat een vennootschap slechts een ‘vennootschap van één lidstaat’ kan zijn. Het is daarom de vraag welke van de drie vereisten in art. 3 van de EU-fusierichtlijn doorslaggevend is voor de nationaliteit van een vennootschap. Indien het ‘rechtsvormvereiste’ bepalend zou zijn, dan zou dat betekenen dat een fusie van een in Nederland gevestigde Britse Limited in een in Nederland gevestigde BV kwalificeert als een fusie waarbij vennootschappen van twee lidstaten betrokken zijn.²⁷ Het Verenigd Koninkrijk zou in dat geval – op grond van de EU-fusierichtlijn – niet verplicht zijn om de overname van boekwaarden etc. door de ontvangende vennootschap toe te staan,²⁸ aangezien de bezittingen van de Britse Limited geen Britse vaste inrichting vormen. Nederland zou evenmin verplicht zijn om de doorschuivingsfaciliteiten te bieden: deze verplichting rust immers slechts

23 Zie bijv. E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 44 en B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 535.

24 Zie bijv. E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 44.

25 Zie bijv. R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham, & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, par. 7.2.3.C.d. (elektronische editie).

26 Zie bijv. art. 4 lid 5, art. 5 en art. 10, tweede volzin, van de EU-fusierichtlijn.

27 Zie bijv. O. Thömmes, ‘Merger Directive’, *EC Corporate Tax Law* (Amsterdam: IBFD, losbladig), Chapter 1, paragrafen 31-32 en M.V. Lambooy, ‘De moeder-dochterrichtlijn en de Nederlandse wetgeving’, *FED* 1991, p. 467-486.

28 Op grond van art. 4 lid 1 jo. lid 5, art. 5 en art. 6 van de EU-fusierichtlijn.

op de lidstaat van de inbrengende vennootschap (het Verenigd Koninkrijk). Op systematische gronden dient de toekenning van beslissende betekenis aan het rechtsvormvereiste daarom te worden afgewezen. Dit standpunt wordt ondersteund door het feit dat indien de ontvangende vennootschap eveneens een Britse Limited zou zijn, maar feitelijk gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, de EU-fusierichtlijn niet van toepassing zou zijn omdat slechts vennootschappen van één lidstaat bij de fusie betrokken zouden zijn. Dit, terwijl de fusie wel degelijk een grensoverschrijdende element bevat (de Britse ontvangende vennootschap verkrijgt een Nederlandse vaste inrichting).²⁹

Van den Broek acht het vestigingsvereiste doorslaggevend en kent daarbij gewicht toe aan de belangrijke rol van het begrip ‘inwoner’ in het internationale belastingrecht.³⁰ Naar mijn mening prevaleert echter het onderworpenheidsvereiste, dat mijns inziens volledige onderworpenheid impliceert.³¹

De ‘betrokkenheid’ van vennootschappen van twee of meer lidstaten dient op het niveau van de fusierende etc. vennootschappen te worden vastgesteld. De overdracht van een Zweedse vaste inrichting door één Duitse vennootschap aan een andere Duitse vennootschap valt daarom niet onder de reikwijdte van art. 1 onderdeel a van de EU-fusierichtlijn. Evenmin ziet ‘betrokkenheid’ op aandeelhouders uit andere lidstaten.³² Van den Broek heeft de vraag opgeworpen of bij bepaalde reorganisaties de voordelen van de EU-fusierichtlijn slechts partieel dienen te worden verstrekt, met name indien een deel van de reorganisatie als een zuiver interne reorganisatie dient te worden aangemerkt.³³ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de fusie van een Franse en een Belgische vennootschap in een andere Belgische vennootschap. Het HvJ EU leunde in zijn rechtspraak, bijv. de zaken *Leur-Bloem* en *Kofoed*, echter op een letterlijke uitleg ter bepaling van de onder de werking van de EU-fusierichtlijn vallende transacties.³⁴ In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat betrokkenheid van een niet-kwalificerende vennootschap (bijv. een vennootschap naar het recht van een derde land of een vennootschap naar het recht van een lidstaat met een niet-kwalificerende rechtsvorm) niet de voordelen van de EU-fusierichtlijn ontnemt

29 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs van 17 september 1996, nr. C-130/95 (*Leur-Bloem*), punten 53 en 58, die spreekt van “de totstandkoming van grensoverschrijdende vennootschapsstructuren” en “grensoverschrijdend samengaan van ondernemingen”. Ik deel daarom het standpunt van De Hosson dat de EU-fusierichtlijn op een dergelijke fusie van toepassing is: F.C. de Hosson, ‘De aandelenruilfaciliteit in Fusierichtlijn en wetsvoorstel 22 338’, *WFR* 1991/5985, p. 1661-1683.

30 J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 175.

31 Voor de volledigheid merk ik op dat de vestigingsplaatsfictie in art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 is uitgesloten voor de reorganisatiefaciliteiten in de Wet VPB 1969.

32 Zie bijv. B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 536 en O. Thömmes, ‘Merger Directive’ EC Corporate Tax Law (Amsterdam: IBFD, losbladig), Hoofdstuk 1, p. 23. Dit volgt naar mijn mening ook uit het duidelijke onderscheid in de EU-fusierichtlijn tussen ‘vennoootschappen’ en ‘aandeelhouders’; art. 1(a) van de EU-fusierichtlijn verwijst slechts naar ‘vennoootschappen’.

33 Zie J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 175-176.

34 Zie HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (*Leur-Bloem*), t.o. 36 en HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05 (*Hans Markus Kofoed tegen Skatteministeriet*), t.o. 30.

aan een overigens kwalificerende fusie.³⁵ Van den Broek betoogt echter dat in zo'n geval de voordelen van de EU-fusierichtlijn geheel dienen te worden geweigerd.³⁶

3.4. *Rechtsvormvereiste*

Om te voldoen aan het rechtsvormvereiste, dient een vennootschap één van de in bijlage I, deel A, genoemde rechtsvormen te hebben. Kwalificerende rechtsvormen zijn in de bijlage soms expliciet genoemd ('naamloze vennootschap') en worden in andere gevallen gedekt door een restclausule ('andere naar Portugees recht opgerichte rechtspersonen'). Hoewel het uitdrukkelijk noemen van kwalificerende rechtsvormen zijn *charmes* heeft vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, rijst niettemin de vraag of een nieuw geïntroduceerde rechtsvorm of een rechtsvorm die voorheen niet onderworpen was aan vennootschapsbelasting, ook aan het rechtsvormvereiste voldoet.³⁷ Deze vraag speelde in de zaak *Gaz de France* ten aanzien van een Franse 'SAS',³⁸ een 'nieuwe' rechtsvorm die niet onder de Franse paragraaf in de bijlage bij de Moeder-dochterrichtlijn kon worden geschaard, omdat daarin slechts de reeds bestaande Franse rechtsvormen (specifiek) genoemd waren.³⁹ Het HvJ EU leidde uit zowel de formulering als uit de systematiek van de Moeder-dochterrichtlijn af, dat het bij name noemen van de onder de richtlijn vallende rechtsvormen "impliceert dat de opsomming van de betrokken benamingen limitatief is".⁴⁰ De uitkomst in *Gaz de France* was daarom dat de 'SAS' niet kwalificeerde als een 'vennootschap van een lidstaat'.

Het beknellende rechtsvormvereiste sluit bepaalde categorieën vennootschappen uit van de voordelen van de EU-fusierichtlijn: (i) EU-vennootschappen zonder kwalificerende rechtsvorm en (ii) derde-land-vennootschappen. Het rechtsvormvereiste verdraagt zich daarom slechts met de doelstelling van de EU-fusierichtlijn, zeker wanneer men beseft dat enkel beoogd is '*partnerships*' van de voordelen van de EU-fusierichtlijn uit te sluiten.⁴¹ De gekozen wetgevingstechniek is daarbij overigens ongeschikt: ook non-'*partnerships*' worden immers uitgesloten van de voordelen

35 Zie bijv. B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 536.

36 J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 178. Zie ook N. Herzig, N. Dautzenberg & R. Heyeres, 'System und Schwächen der Fusionsrichtlinie', *Der Betrieb* 1991/12, p. 17.

37 Punt 2 van de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, COM(1993) 293 definitief, noemt het voorbeeld van de belastinghervormingen in Griekenland in 1992, als gevolg waarvan maatschappen die voorheen onderworpen waren aan inkomstenbelasting op het niveau van de vennoten, gedeeltelijk onderworpen werden aan vennootschapbelasting.

38 '*Société par actions simplifiée*'.

39 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*). Voor een (kritische) beschouwing van deze zaak, zie G.F. Boulogne & W.W. Geursen, '*Gaz de France*: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt', *European Taxation* 2010/4, p. 129-140.

40 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*), r.o. 32.

41 Punt 19 van de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, COM(1993)293 definitief.

van de EU-fusierichtlijn,⁴² terwijl daarnaast sommige ‘*partnerships*’, zoals de open commanditaire vennootschap, juist expliciet genoemd zijn in de bijlage.

Vanwege het arbitraire onderscheid dat het rechtsvormvereiste maakt bij de toegang tot de voordelen van de EU-fusierichtlijn, is strijdigheid met hoger recht niet uit te sluiten. In *Gaz de France*, bij de vraag of het rechtsvormvereiste in de Moederdochterrichtlijn in strijd was met de vrije verkeersbepalingen, wees het HvJ EG erop dat het de “communautaire instellingen vrij[staat] om de harmonisatie op een bepaald gebied slechts geleidelijk te laten verlopen of nationale wetgevingen etappewijze onderling aan te passen.”⁴³ Volgens het HvJ EU rechtvaardigde de discretionaire bevoegdheid van de (nu) Uniewetgever dus de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte discriminatie.⁴⁴ Naast de vrije verkeersbepalingen is er nog het ongeschreven gelijkheidsbeginsel, één van de grondbeginselen van het Unierecht, dat bepaalt dat gelijke situaties gelijk behandeld dienen te worden, tenzij differentiatie objectief gerechtvaardigd kan worden.⁴⁵ Volgens vaste rechtspraak verbiedt het gelijkheidsbeginsel discriminatie op grond van nationaliteit.⁴⁶ In tegenstelling tot de vrijheid van vestiging, strekt de reikwijdte van het ongeschreven gelijkheidsbeginsel zich ook uit tot derde-land-situaties.⁴⁷ Omdat een objectieve rechtvaardiging voor de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte ongelijke behandeling lijkt te ontbreken – uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het verschil in behandeling gebaseerd moet zijn op een “objectief en redelijk criterium” –⁴⁸ lijkt het ongeschreven gelijkheidsbeginsel te worden geschonden.⁴⁹

Daarnaast is er nog art. 26 IVBPR, dat bepaalt dat:

“[a]ll persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground (...).”

De rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het IVBPR beïnvloeden de reikwijdte van het EU recht omdat (i) alle 27 lidstaten toegetreden zijn tot dit verdrag en (ii) diverse lidstaten tot het IVBPR zijn toegetreden voordat zij toetraden tot de EU (hun verplichtingen onder dit verdrag dienen daarom te worden gerespecteerd).⁵⁰ In

42 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Mazák van 25 juni 2008, nr. C-247/08 (*Gaz de France*), punten 31-35.

43 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*), r.o. 52.

44 Zie bijv. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2009, p. 87.

45 Zie bijv. HvJ EG 19 oktober 1977, nrs. 117/76 en 16/77 (*Ruckdeschel*), r.o. 7.

46 Zie bijv. HvJ EG 18 mei 1994, nr. C-309/89 (*Cordoniu*), r.o. 26.

47 Zie bijv. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2009, p. 94. Voor een tegengesteld geluid, zie H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 90.

48 Zie bijv. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-127/07 (*Arcelor*), r.o. 47.

49 Zie ook G.W. Kofler, ‘The Relationship between the Fundamental Freedoms and Directives in the Area of Direct Taxation’, VI *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* 2 2009, p. 493 en B.H. ter Kuile, ‘Taxation, Discrimination and the Internal Market’, *European Taxation*, December 1992, p. 402.

50 Op grond van art. 351 VWEU. Zie J. Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht* (diss. Leuven), Groningen: Europa Law Publishing 2001, p. 28.

diverse arresten heeft het HvJ EU benadrukt dat het Europese recht in overeenstemming dient te zijn met het internationale recht.⁵¹ Daarbij heeft het ook de rol van het IVPBR erkend.⁵² Het ruim geformuleerde non-discriminatieverbod in art. 26 IVPBR lijkt daarom de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte ongelijke behandeling te verbieden.

Tot slot art. 24 lid 1 van het OESO-modelverdrag, dat bepaalt dat:

“[n]ationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.”

Op grond van een verdragsbepaling die overeenkomt met art. 24, eerste lid, van het OESO-modelverdrag kan een onderdaan van de ene verdragsluitende staat zich beroepen op een gelijke behandeling als een onderdaan van de andere verdragsluitende (lid-)staat. Hoewel een verdragsbepaling slechts de verdragsluitende (lid-)staten bindt, acht ik het onwenselijk dat een richtlijn die van toepassing is op alle lidstaten, discrimineert op basis van nationaliteit en daarmee een inbreuk maakt op een modelverdragsbepaling waarop veel verdragsbepalingen zijn gebaseerd.⁵³

3.5. Vestigingsvereiste

Een logische doelstelling van het vestigingsvereiste lijkt het bewaken van voldoende nexus tussen de reorganiserende vennootschappen en de Europese Unie. Waar het in de Nederlandse taalversie van de EU-fusierichtlijn gaat over het “in die lidstaat (...) zijn gevestigd”, draait het in de Engelse taalversie om het zijn van “resident in that Member State”, een verwijzing naar het in het internationale belastingrecht meer gangbare begrip ‘inwoner’. Gelet op de letterlijke bewoording, lijkt *dual residence* buiten de EU slechts een probleem indien een vennootschap op grond van een tie-breakerbepaling in het belastingverdrag met een derde land geacht wordt inwoner te zijn van dat derde land. Indien er geen belastingverdrag is met het derde land, is er – ondanks *dual residence* – nog steeds aan het vestigingsvereiste voldaan.

3.6. Onderworpenheidsvereiste

De in bijlage I, deel B bij de EU-fusierichtlijn genoemde belastingen zijn enkel vennootschapsbelastingen. Hier tekent zich duidelijk het onderscheid af tussen vennoot-

51 Zie bijv. HvJ EG 24 november 1992, nr. C-286/90 (*Poulsen*), r.o. 9.

52 Zie bijv. HvJ EG 10 november 1993, nr. C-60/92 (*Otto*), r.o. 11.

53 De relevantie van het OESO-modelverdrag is overigens ook door het HvJ EG erkend. Zo overwoog het HvJ EG in de zaak *Gilly* dat het: “niet onredelijk [is], dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en het door de OESO opgestelde modelverdrag”. Zie HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/98 (*Gilly*), r.o. 31.

schappen en aandeelhouders: slechts (de reorganiserende) vennootschappen dienen te voldoen aan bepaalde eisen. De fiscale begeleiding van hun aandeelhouders volgt dan automatisch, ook als deze aandeelhouders aan inkomstenbelasting onderworpen zijn.⁵⁴ De vraag of enkel subjectieve onderworpenheid, of dat tevens objectieve onderworpenheid vereist is, heeft de nodige pennen in beweging gebracht,⁵⁵ maar is tot op heden onbeantwoord gebleven. Evenmin is nog onopgehelderd wanneer sprake is van een keuzemogelijkheid voor onderworpenheid aan vennootschapsbelasting of wanneer sprake is van een vrijstelling daarvan.⁵⁶

Op het eerste gezicht lijkt het onderworpenheidsvereiste alleszins logisch: in de regel worden slechts onderworpen vennootschappen geconfronteerd met de fiscale belemmeringen die de EU-fusierichtlijn beoogt weg te nemen. Op deze hoofdregel bestaan echter belangrijke uitzonderingen: een fusie tussen twee vrijgestelde vennootschappen kan wel degelijk leiden tot een belaste vervreemdingswinst op aandeelhoudersniveau. Vanwege de koppeling tussen art. 1 sub a en art. 3 van de EU-fusierichtlijn, hebben de aandeelhouders echter geen recht op begeleiding op grond van art. 8 van de EU-fusierichtlijn. Ook een fusie tussen een onderworpen inbrengende vennootschap en een vrijgestelde ontvangende vennootschap leidt doorgaans tot belastingheffing op het niveau van de inbrengende vennootschap, terwijl geen recht bestaat op doorschuiving op grond van art. 4 lid 1 van de EU-fusierichtlijn. Ter behoud van heffingsrecht lijkt het onderworpenheidsvereiste echter overbodig: de doorschuivingsfaciliteiten hoeven immers slechts geboden worden indien en voor zover de activa en passiva van de inbrengende vennootschap tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap gaan behoren (art. 4 lid 1) of de aandelen in ontvangende vennootschap in de plaats treden van de aandelen in de inbrengende vennootschap (art. 8 lid 1). Systematisch beschouwd luidt daarom de conclusie dat het rechtsvormvereiste een onnodige drempel lijkt op te werpen bij de toegang tot de doorschuiffaciliteiten.

4. De reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969

4.1. *Inleiding*

Nadat in de derde paragraaf de personele reikwijdte van de EU-fusierichtlijn is besproken, wordt in deze paragraaf ingegaan op enkele facetten van de reorganisatiefaciliteiten in de nationale wet. Hierbij worden strijdigheden met het Europese en het internationale (belasting-)recht gesignaleerd en worden aanbevelingen gedaan om deze weg te nemen.

⁵⁴ Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 5 juli 2007, nr. C-321/05 (*Zwijnenburg*), punt 20.

⁵⁵ Zie bijv. J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 159.

⁵⁶ O. Thömmes, 'Merger Directive', *EC Corporate Tax Law* (Amsterdam: IBFD, losbladig), Chapter 3, p. 68.

4.2. *De term ‘vennootschap’*

De staatssecretaris van Financiën is van mening dat het niet voor de hand ligt om het begrip ‘vennootschap’ in de bijlage bij de EU-fusierichtlijn te interpreteren binnen de context van (het huidige) art. 54 VWEU. Hij stelt dat dient te worden uitgegaan van “een op zichzelf staand begrip van vennootschap in de Fusierichtlijn”. Opmerkelijk genoeg verwijst de staatssecretaris vervolgens naar het Nederlandse recht wanneer hij concludeert dat een stichting of een vereniging niet onder het begrip ‘vennootschap’ valt. “Indien het de bedoeling geweest was stichtingen en verenigingen onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn te laten vallen, zou in de bijlage bij de Fusierichtlijn niet de term vennootschap gebruikt zijn, maar rechtspersoon of lichaam”, aldus de staatssecretaris.⁵⁷

Veronderstellenderwijs ga ik ervan uit dat deze lezing door de staatssecretaris ook geldt ten aanzien van de term ‘vennootschap’ in art. 3.55 Wet IB 2001. Dit lijkt mij echter een te enge uitleg, ik verwijs naar § 3.2. In de overige bepalingen (art. 3.56 – 3.57 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969) wordt gesproken van een ‘rechtspersoon’. Om (i) verwarring te voorkomen over de uitleg van de nationaalrechtelijke term ‘vennootschap’ en (ii) om te voorkomen dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bijv. een open commanditaire vennootschap uitsluit van de reorganisatiefaciliteiten,⁵⁸ stel ik voor dat beide termen vervangen worden door de neutrale term ‘lichaam’.

4.3. *Het rechtsvormvereiste*

Art. 3.55, lid 5, Wet IB 2001 is een schakelbepaling in de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969 bij grensoverschrijdende reorganisaties. Deze bepaling komt (grotendeels) woordelijk overeen met art. 3 van de EU-fusierichtlijn, maar zij bevat daarnaast enkele uitbreidingen en vernauwingen. In vergelijking met het rechtsvormvereiste in de EU-fusierichtlijn bevat art. 3.55, lid 5 sub 1 Wet IB 2001 de (wenselijke) uitbreiding dat ook een vennootschap die “een rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen die voor Nederland zijn opgenomen in deze bijlage [bijlage I, deel A, bij de EU-fusierichtlijn; GFB]” kwalificeert. Deze uitbreiding is in 2009 opgenomen in de wet, met als toelichting dat “[u]it het arrest (...) [*Aberdeen Property*; GFB] kan worden afgeleid dat het niet relevant is of het buitenlandse lichaam een rechtsvorm heeft die in Nederland niet bekend is of die niet is opgenomen in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn”.⁵⁹ Hoewel oorspronkelijk beperkt tot de inhoudingsvrijstelling in de Wet op de dividendbelasting 1965, is deze uitbreiding uiteindelijk ook van toepassing verklaard op de reorganisatiefaciliteiten.⁶⁰

De vraag komt op wanneer een rechtsvorm vergelijkbaar is met een van de Nederlandse kwalificerende rechtsvormen. Uit de zaak *Aberdeen Property* volgt mijns

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2007-2008, 30 929, C, p. 14-15.

⁵⁸ Hoewel deze vennootschapsbelastingplichtig is op grond van art. 2 lid 1 Wet VPB 1969.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, 3, p. 70-71.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, 12, p. 5.

inziens dat de hierbij aan te leggen vergelijkingsmaatstaf niet te streng mag zijn.⁶¹ In zijn conclusie in de zaak *Halliburton* heeft Advocaat-Generaal Lenz al eerder uiteengezet dat het draait om vergelijkbaarheid “gelet op het doel en het systeem van de regeling”, waarbij niet te snel de onvergelijkbaarheid van de buitenlandse rechtsvorm mag worden aangenomen.⁶² Gehoopt mag daarom worden dat voor de vraag of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met een NV of BV, geen aansluiting wordt gezocht bij de strenge vereisten van art. 3 Besluit fiscale eenheid 2003. Uit de praktijk is mij een voorbeeld bekend op basis waarvan de inspecteur een in Nederland gevestigde Delaware LLC de toegang tot een fiscale eenheid ontzegde op grond van art. 3 lid 1 sub b van dat Besluit: de Delaware LLC zou niet aan deze eis voldoen omdat zij in de Verenigde Staten zou hebben kunnen opteren voor belastingplicht (“check-the-box”). In het kader van de vergelijkbaarheid van de *rechtsvorm* LLC met de rechtsvorm BV lijkt dit echter een volstrekt irrelevant gegeven.⁶³

4.4. *Onderworpenheidsvereiste*

Ten opzichte van het onderworpenheidsvereiste in de EU-fusierichtlijn, is in de nationale wet de eis toegevoegd dat onderworpenheid inhoudt dat een vennootschap “in de staat van vestiging is onderworpen aan de aldaar geheven belasting”. Zoals aangegeven in § 3.6, lijkt de eis van onderworpenheid in de lidstaat van vestiging, althans op het niveau van de ontvangende c.q. verwervende vennootschap, weinig zinvol in het licht van de tweeledige doelstelling van de EU-fusierichtlijn. Een voorbeeld: een fusie van een in Nederland gevestigde BV in een in Luxemburg gevestigde SA (*‘société anonyme’*) die voldoet aan het Luxemburgse SICAV-regime (*‘société d’investissement à capital variable’*) wordt op grond van de huidige wettekst niet gefaciliteerd; de SICAV is immers in Luxemburg vrijgesteld van belastingheffing. Deze fusie zou mijns inziens echter gefaciliteerd moeten worden indien de Luxemburgse SA in Nederland buitenlands belastingplichtig wordt op grond van art. 3 Wet VPB 1969.

Daarnaast is onduidelijk wanneer sprake is van een ‘keuzemogelijkheid voor onderworpenheid’ of een ‘vrijstelling van onderworpenheid’. Zo heeft de staatssecretaris van Financiën betoogd dat een fiscale beleggingstelling (hierna: ‘FBI’) in de zin van art. 28 Wet VPB 1969 niet voldoet aan het onderworpenheidsvereiste omdat zij een ‘keuzemogelijkheid’ zou hebben om wel of niet aan het FBI-regime te voldoen.⁶⁴ Omdat toepassing van het FBI-regime verplicht is indien aan de eisen van art. 28 Wet VPB 1969 wordt voldaan, lijkt hier echter geen sprake te zijn van een keuze.⁶⁵

⁶¹ HvJ EG 18 juni 2009, C-303/07 (*Aberdeen Property*), r.o. 50.

⁶² Conclusie van Advocaat-Generaal Lenz van 10 februari 1994, nr. C-1/93 (*Halliburton*), punt 31.

⁶³ Voor de volledigheid merk ik op dat vergelijking van buitenlandse rechtsvormen met Nederlandse rechtsvormen slechts aan de orde is bij vennootschappen die niet in Nederland gevestigd zijn.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 334, 3, p. 3.

⁶⁵ Zie ook R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, onderdeel 7.2.3.E. (elektronische editie).

Al met al lijkt er dus voldoende reden om het onderworpenheidsvereiste in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 3, Wet IB 2001 geheel te schrappen.

4.5. *Uitreiking van aandelen*

Art. 3.55, tweede lid, Wet IB 2001 kent als onderdeel van de definitie van het begrip ‘aandelenfusie’ de eis van “uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen”. Art. 14, eerste lid, Wet VPB 1969 vereist een “uitreiking van aandelen in de overnemer”. Aangezien deze bepalingen de nationaalrechtelijke implementatie van de EU-fusierichtlijn vormen, kan bij de uitleg daarvan ten rade worden gegaan bij de definities in art. 2, onderdelen a – c, van de EU-fusierichtlijn, waarin “uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal” vereist is. De eis van ‘uitreiking van aandelen’ beperkt niet alleen de *materiële* reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten (de overdracht van een tak van bedrijvigheid door een in Nederland gevestigde BV aan haar volle dochtervennootschap, een in Duitsland gevestigde GmbH, *zonder* uitreiking van aandelen, kwalificeert niet) maar ook hun *personele* reikwijdte. Een treffende illustratie hiervan is een zaak waarin de Hoge Raad op 24 februari 2012 arrest heeft gewezen.⁶⁶ Deze zaak betreft een lid van een coöperatie dat zijn aandelenbelang in een BV heeft overgedragen aan deze coöperatie, tegen bijschrijving van de waarde van het aandelenbelang op zijn ledenrekening. Volgens belanghebbende verzette het civiele recht zich tegen een uitreiking van een tweede lidmaatschapsrecht aan een reeds bestaand lid. De Hoge Raad overweegt allereerst in algemene zin dat de EU-fusierichtlijn Nederland niet dwingt om civielrechtelijk mogelijk te maken, wat fiscaalrechtelijk gefaciliteerd wordt. Vervolgens stelt de Hoge Raad op basis van een EU-fusierichtlijnconforme interpretatie van art. 3.55 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 vast, dat ook een ‘coöperatie’ kan worden beschouwd als een ‘vennootschap’ in de zin van die bepaling. Op basis van een letterlijke lezing van de definitie van aandelenruil in art. 2 letter 2 van de EU-fusierichtlijn, concludeert de Hoge Raad vervolgens dat het “niet voor twijfel vatbaar is” dat de richtlijngever het oog heeft gehad op lichamen met een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal. De Hoge Raad vervolgt dat “[d]e wettelijke bepalingen die gelden voor een coöperatie naar Nederlands recht, (...) niet [inhouden] dat deze rechtspersonen uit hoofde van zijn wettelijke structuur een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal heeft.” Aan de eis van uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid zal volgens de Hoge Raad daarom niet voldaan zijn bij een coöperatie, tenzij “bij gebreke van een daartoe strekkende andersluidend eigen statutaire regeling” daarin voorzien is.⁶⁷ De Hoge Raad komt tot de slotsom dat de Rechtbank Haarlem terecht geen aandelenfusie in de zin van art. 3.55 Wet IB 2001 aanwezig heeft geacht. Hoewel leidend tot dezelfde uitkomst, wijkt de door Hoge Raad gekozen redenering af van die van Advocaat-Generaal Wattel.⁶⁸ A-G Wattel

⁶⁶ HR 4 februari 1998, nr. 30 074.

⁶⁷ Van een coöperatie met een dergelijk ‘quasi-aandelenkapitaal’ was sprake in Hof Arnhem 14 september 2010, AWB 09/00383.

⁶⁸ Conclusie A-G Wattel van 24 juni 2011 bij nr. 10/04792. Zie tevens mijn annotatie bij Rechtbank Haarlem 23 september 2010, nr. 08/07439, *FED* 2010/117 (deze uitspraak leidde, via ‘sprongcassatie’, tot het beschreven arrest).

had geconcludeerd dat een lidmaatschapsrecht in een coöperatie wél kwalificeert als een ‘aandeel’ in de zin van art. 3.55 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001, maar dat fiscale begeleiding afstuit op het ontbreken van een ‘uitreiking’. Het verschil in benadering lijkt triviaal, maar leidt wel degelijk tot een verschillend resultaat indien een belastingplichtige bij ‘oprichting’ van een coöperatie een meerderheidsbelang overdraagt aan de coöperatie, tegen ‘uitreiking’ van een lidmaatschapsrecht. In de visie van de Hoge Raad zal in dat geval geen sprake zijn van een kwalificerende aandelenfusie (een lidmaatschapsrecht is geen ‘aandeel’/bewijs van deelgerechtigdheid), terwijl daarvan wel sprake zou zijn (geweest) als de visie van A-G Wattel was gevolgd (een lidmaatschapsrecht is wél een ‘aandeel’ en er is sprake van een ‘uitreiking’). Hoewel ik niet bekend ben met de rechtsstelsels in de andere lidstaten, lijkt het mij niet ondenkbaar dat de juridische onmogelijkheid van uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid ook speelt buiten de Nederlandse landgrenzen. Om de Nederlandse fiscale begeleiding van grensoverschrijdende reorganisaties ruim baan te geven, stel ik daarom voor om expliciet in de wet op te nemen dat uitreiking van aandelen achterwege kan blijven, indien de aandeelhouders van de inbrengende c.q. verworven vennootschap reeds aandelen bezitten in de ontvangende c.q. verwervende vennootschap en latere heffing verzekerd is.

5. Aanbevelingen

- Vervang de termen ‘vennootschap’ en ‘rechtspersoon’ in art. 3.55 – 3.57 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969 door de term ‘lichaam’;
- Schrap het ‘rechtsvormvereiste’ in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 1, Wet IB 2001;
- Schrap het ‘onderworpenheidsvereiste’ in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 3, Wet IB 2001;
- Voeg aan de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969 de zinsnede toe dat uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen achterwege kan blijven, indien de aandeelhouders van de inbrengende c.q. verworven vennootschap reeds aandelen bezitten in de ontvangende c.q. verwervende vennootschap en latere heffing verzekerd is.

Hoofdkantoren aantrekken en behouden voor Nederland begremsd door staatssteunregels

mr. W.W. Geursen¹

1. Aanleiding en inleiding

In zijn onderzoek richt professor Jaap Bellingwout zich al geruime tijd op vragen betreffende grensoverschrijdende vestiging van vennootschappen, hetzij door verplaatsing van de zetel van een vennootschap,² hetzij door fusie.³ In de afgelopen tien jaar stond hij aan het roer van het onderwijs en onderzoek van de sectie fiscaal recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU. Aan 'zijn' fiscale sectie heeft hij in die tijd een aantal onderzoekers weten te binden die zich ook met dat onderzoek bezighouden.⁴ Niet alleen het fiscaalrechtelijk onderzoek, maar ook onderzoekers van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)⁵ als geheel en aan deze faculteit in bredere zin richten zich op grensoverschrijdende vestiging van ondernemingen.⁶

Aan het besluit van een onderneming tot zetelverplaatsing – met alle ondernemings- en fiscaalrechtelijke (on)mogelijkheden en consequenties van dien – ligt een reden / besluit ten grondslag: in een andere staat gevestigd willen zijn, is blijkbaar beter of aantrekkelijker. Daarna volgt pas de grensoverschrijdende vestiging. De aantrekkelijkheid van het Nederlandse vestigingsklimaat is daarom de 'motor' achter al die grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en fusies.

Met de actie-agenda van het Topteam Hoofdkantoren adviseert dat team de regering hoofdkantoren aan te trekken naar en de bestaande hoofdkantoren te behouden

1 Wessel Geursen is werkzaam als promovendus aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit, Amsterdam.

2 Naast zijn dissertatie *Zetelverplaatsing van rechtspersonen, privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer, 1996, en zijn oratie aan de Vrije Universiteit van 22 juni 2004, *Exitheffingen na 'De Lasteyrie'*, heeft hij daar nog een negental publicaties over geschreven, waarvan de meest recente: 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/6800, p. 217; 'Cartesio, drie jaar later...', *WFR* 2012/12 (samen met M. Koerts).

3 J.W. Bellingwout, 'Fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie (en omzetting)', *WPNR* 2007, p. 714.

4 Zie bijvoorbeeld de bijdragen in deze bundel van F.P.G. Pötgens over exitheffingen bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing en van G.F. Boulogne over de fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie en W.W. Geursen, 'De zaak Cartesio: nieuwe piketpalen voor de vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing van vennootschappen binnen de EG', *Juridisch up to date* 2009/4, p. 15.

5 W.J.M. van Veen van wiens hand talloze publicaties zijn verschenen over de ondernemingsrechtelijke aspecten van zetelverplaatsing (bijvoorbeeld: 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio arrest', deel 1 in: *WPNR* 2010, p. 329 en deel 2 in datzelfde tijdschrift: op p. 351).

6 P. Vlas en M. Zilinsky van wier handen talloze publicaties zijn verschenen over de IPR-/ondernemingsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende fusie en zetelverplaatsing (bijvoorbeeld: P. Vlas, 'Is een grensoverschrijdende juridische fusie altijd een grensoverschrijdende juridische fusie?', *WPNR* 2009, p. 377 en M. Zilinsky, 'Cartesio: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging', *WPNR* 2009, p. 153).

voor Nederland;⁷ kortom, vestiging in Nederland. Die actie-agenda lijkt op het eerste gezicht geen acties aan te bevelen die staatssteun inhouden.⁸ Toch zullen maatregelen van overheidswege zoals het Topteam dat betitelt ter “*versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven*” al snel een voordeel (moeten) opleveren willen die hoofdkantoren zich hier willen vestigen en gevestigd willen blijven. Dan rijst al snel de vraag of die maatregelen dan toch niet specifieke voordelen opleveren en daarmee staatssteun vormen.

Het Topteam baseert zijn bevindingen mede op een rapport van de Boston Consulting Group (BCG).⁹ Na lezing van beide documenten, moet ik concluderen dat het rapport van BCG een duidelijke blauwdruk geeft voor de actie-agenda van het Topteam; BCG adviseert alleen wel stilliger. BCG adviseert

“een industriepolitiek nieuwe stijl. Eén die niet gericht is op het beschermen van bedrijven of sectoren, maar op het clustergewijs ‘verleiden’ van bedrijven om in Nederland te blijven of zich hier te gaan vestigen.”

De term clustergewijs, verwijst naar het idee om hoofdkantoren vooral of alleen te verleiden zich in bepaalde regio’s, genaamd clusters, te vestigen. In de actie-agenda van het Topteam is dat gereduceerd tot de zin: “*Verleiden is beter dan afschermen.*” Om te verleiden, adviseert BCG

“een gedifferentieerd vestigingsbeleid waarbij bepaalde bedrijven alleen bepaalde voordelen krijgen als ze zich op een bepaalde plek vestigen.”

Dergelijk gedifferentieerd vestigingsbeleid zou al snel kunnen leiden tot regionale staatssteun. Het is maar de vraag of de Europese Commissie zulke staatssteun zal goedkeuren; zo niet, dan leveren die maatregelen verboden staatssteun op en is het advies van BCG niet uitvoerbaar.

Het Topteam hanteert de meer verhullende term ‘gezamenlijke acquisitiestrategie’, maar zet daarbij duidelijk in op dezelfde regionale dimensie als BCG door de weergave van een kaart van Nederland, waarop “*de ‘hot spots’ voor het aantrekken van buitenlandse bedrijven in de topsectoren zijn bepaald*”¹⁰ (de acquisitiekaart; zie ook figuur 1, hieronder).¹¹

7 S. van Keulen, S.J.H. Smits, R.A.J. Swaak, E.A. Visser & H.W. Volberda, *Met hoofdkantoren naar de top – Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten*, Topteam Hoofdkantoren, 2011, www.top-sectoren.nl/hoofdkantoren en ook als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 637, nr. 14.

8 De voorgestelde maatregelen zijn onderverdeeld in (1) excellente promotie, acquisitie en verankering, (2) excellente fiscaliteit, (3) excellente infrastructuur, (4) excellente kennis en talent en (5) koester de Nederlandse verworvenheden; Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 4.

9 E. Gostelie, J.W. Kuenen, K. Cools & K. Nienhuis, *Hoofdkantoren een hoofdzaak, Tijd voor industriepolitiek nieuwe stijl*, BCG Rapport Perspectieven 2008, Amsterdam: Boston Consulting Group, 2008, te vinden op: www.top-sectoren.nl/hoofdkantoren.

10 Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 27.

11 Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 28.

2. Vraagstelling, methode en structuur

Het Topteam beoogt met de actie-agenda hoofdkantoren van grote multinationals zich te laten vestigen (en te behouden) in de daartoe specifiek aangewezen (regionale) hot spots / clusters. Daarnaast constateert het Topteam dat hoofdkantoren verschillende functies kunnen vervullen, zoals groepsfinanciering, onderzoek & ontwikkeling, etc. De actie-agenda adviseert maatregelen die specifiek op het aantrekken (en behouden) van die activiteiten zijn gericht. Bovendien moeten die verschillende activiteiten van die hoofdkantoren dan ook nog worden verspreid over de verschillende clusters (onderzoek en ontwikkeling in bijvoorbeeld in de Brainport Eindhoven en besliscentra in de Metropoolregio Amsterdam, zoals Philips dat heeft). Ten slotte adviseert het Topteam maatregelen om het aantrekkelijk te maken gekwalificeerd personeel van hoofdkantoren aan te trekken.

Wanneer het om verleiden of acquireren gaat door middel van overheidsmaatregelen, zal er al snel sprake (kunnen) zijn van staatssteun; een potentieel verboden¹² – en dus ‘giftig’ – middel om hoofdkantoren te lokken. In deze bijdrage ga ik daarom de volgende vraag beantwoorden.

Welke denkbare overheidsmaatregelen om de actie-agenda van het Topteam uit te voeren zijn niet mogelijk onder de staatssteunregels?

Om die vraag te beantwoorden, zullen op basis van de aanbevelingen en doelstellingen van de actie-agenda diverse denkbare en mijns inziens voor de hand liggende maatregelen worden geanalyseerd die alle zouden kunnen bijdragen tot de door het Topteam gewenste “*versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten*”.¹³ Die analyse vindt plaats aan de hand van de criteria van staatssteun van art. 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).¹⁴ Meer specifiek zullen die maatregelen worden vergeleken met relevante beslissingen van de Commissie omtrent (vermeende) staatssteun die (sterke) parallellen vertonen met die denkbare overheidsmaatregelen om de actie-agenda uit te voeren. Aan de hand van die precedentes en het algemene toetsingskader van art. 107 VWEU moet dan duidelijk worden welke maatregelen niet mogelijk zijn onder de staatssteunregels en waar de grens van het mogelijke ligt. De potentiële overheidsmaatregelen om de actie-agenda uit te voeren die hierna aan bod zullen komen, zijn:

- maatregelen die ondernemingen moeten ‘verleiden’ tot vestiging van hun hoofdkantoor in Nederland (§ 3), in bepaalde regio’s (§ 4);
- maatregelen specifiek gericht op de doelgroep grote multinationals wier hoofdkantoren in Nederland gevestigd zouden kunnen worden (§ 5);

¹² Tenzij goedgekeurd door de Commissie.

¹³ Topteam Hoofdkantoren, a.w., het betreft de subtitel van de actie-agenda.

¹⁴ Volgens die bepaling is er sprake van staatssteun wanneer een overheidsmaatregel (i) met staatsmiddelen is bekostigd (of staatsmiddelen worden gederfd); (ii) bepaalde ondernemingen of bepaalde producties bevoordeelt (de specificiteits); (iii) daardoor de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen; en (iv) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

- maatregelen gericht op specifieke activiteiten van hoofdkantoren (§ 6), zoals financieringsactiviteiten en onderzoek & ontwikkeling; en
- maatregelen om gekwalificeerd personeel aan te trekken (§ 7).

3. Verleiden tot vestiging met geld en andere ‘lokkertjes’

De actie-agenda gebruikt de term acquisitie. De term acquisitie roept het beeld op van een overheid die hoofdkantoren ‘met een zak geld’ of anderszins met douceurtjes paait om de hoofdkantoren te lokken en te overtuigen zich in Nederland te vestigen. Die maatregel blijkt niet uit de actie-agenda,¹⁵ maar is gezien de precedents allerm minst ondenkbaar.

3.1. Staatssteun voor SCI

Zo startte de Commissie een staatssteunonderzoek naar de vestiging van SCI met een assemblagefabriek voor Hewlett Packard-computers in Heerenveen, omdat

“[d]e regionale autoriteiten, gezien de felle concurrentiestrijd met andere potentiële vestigingsplaatsen in Nederland, bijkomende “ad hoc” steun [zouden] hebben toegezegd om het investeringsproject naar Heerenveen te lokken.”¹⁶

Het Rijk en de Provincie Friesland hadden aan SCI investeringssteun,¹⁷ respectievelijk een loonkostensubsidie toegekend van in totaal ca. EUR 3,6 miljoen. Dat was staatssteun die in overeenstemming was met de door de Commissie goedgekeurde regionale steunregeling en dus toelaatbaar. In ruil daarvoor zou SCI in Friesland 2.000 banen creëren voor langdurig werklozen en andere kansarme groepen.

Volgens de Commissie verleenden drie (regionale) overheidsorganen SCI daar bovenop nog eens een flink bedrag aan onwettige staatssteun. De grond waarop de nieuwe fabriek moest worden gebouwd werd voor een te lage prijs verkocht door de exploitant van het bedrijventerrein, een overheidsorgaan; voordeel voor SCI: EUR 753.000. De gemeente Heerenveen betaalde de huisvestingskosten van personeel; voordeel voor SCI: EUR 100.000.¹⁸ De Noordelijke Ontwikkelingsmaatschappij (NOM), een overheidsorgaan, had een tijdelijk onderkomen gehuurd van een derde en onderverhuurt aan SCI voor een lagere prijs dan zij zelf aan de eigenaar betaalde; voordeel voor SCI EUR 131.000. Voordat dat tijdelijk onderkomen door SCI kon worden gebruikt, moest het worden gerenoveerd, hetgeen geschiedde op kosten van de NOM; voordeel voor SCI: EUR 272.000. Tot slot werd dat tijdelijk onderkomen op kosten van de NOM beveiligd; voordeel voor SCI: 353 000 EUR. Deze onwettige

15 Het Topteam adviseert een ‘goede beleidsmatige inbedding van de acquisitie in het bedrijvenbeleid van het [Ministerie van E, L&I dat] het voortouw moet nemen in het ontwikkelen en uitdragen van een gezamenlijke Nederlandse acquisitiestrategie’ en de instelling van een Regiegroep Strategische Acquisitie; Topteam, a.w., p. 27.

16 Beschikking van de Commissie van 13 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van SCI-Systems (Pb 2001, L186/43).

17 Via de Investeringspremieregeling, later geheten het Besluit Subsidieregeling Regionale Investeringsprojecten.

18 Hetgeen tot de-minimis steun beperkt bleef en daarmee was toegestaan (§ 81).

steun van in totaal EUR 1,4 miljoen moest Nederland van de Commissie terugvorderen van SCI. Deze vorm van ‘acquisitie’ werd door de Commissie dus niet toegestaan.

3.2. *Staatssteun voor Reebok*

De Commissie had een klacht ontvangen

“volgens welke het Amerikaanse concern Reebok met onwettige staatssteun ertoe zou zijn aangezet haar nieuwe fabriek in de haven van Rotterdam te vestigen.”¹⁹

Volgens die klacht zou het havenbedrijf Rotterdam, een overheidsorgaan dat staatssteun kan verlenen, een stuk grond tegen een prijs onder de marktprijs aan Reebok verhuren. Reebok zou tegen niet marktconforme voorwaarden té voordelig toegang tot een hele reeks infrastructurele voorzieningen hebben in het bedrijvenpark. Daarnaast zou Reebok loonkostensubsidie krijgen. Volgens de klacht zou Reebok ook ‘douanevoordelen’ ontvangen, waardoor het douanekantoor district Rotterdam de initiële vestiging van Reebok en daarna haar activiteiten zou vergemakkelijken. Na de formele onderzoeksprocedure van de Commissie bleek van dat al geen sprake. Bovenop deze vermeende staatssteun had het Havenbedrijf Rotterdam Reebok een zogenoemde *cash incentive* van EUR 1,9 miljoen toegekend, in ruil waarvoor Reebok extra arbeidsplaatsen zou creëren. Na inleiding van de formele onderzoeksprocedure en een bespreking met de Commissie, waarin zij haar twijfels uitte over de *cash incentive* in het licht van de staatssteunregels, heeft de Nederlandse overheid pardoes de *cash incentive* inclusief wettelijke rente van Reebok teruggevorderd. Wederom kwam de buitenlandse partij die zich in Nederland vestigde en gelokt was met een zak geld van een koude kermis thuis, toen bleek dat het ‘lokkertje’ staatssteun betrof.

3.3. *Laat acquisitie niet uitdraaien op staatssteun*

De precedents van *SCI* en *Reebok* tonen aan dat al te letterlijk genomen acquisitie via een ‘zak geld’, en allerhande voordelen in natura, risicovol is onder de staatssteunregels. *SCI* en *Reebok* werden geconfronteerd met een terugvordering van de voordelen die hen allicht hadden overgehaald zich in Nederland te vestigen. Bovendien kunnen deze precedents ook een afschrikwekkende werking hebben op andere potentiële gegadigden die zich in Nederland willen vestigen, omdat zij zich bij elk ‘lokkertje’ dat hen van overheidswege in het vooruitzicht wordt gesteld, zullen afvragen of dat geen staatssteun vormt die kan worden teruggevorderd. Daarnaast adviseert het Topteam de instelling van een Regiegroep Strategische Acquisitie. Naar ik aanneem, is het niet de bedoeling dat een dergelijk regiegroep gaat opereren als de trojka tussen de Gemeente Heerenveen, de NOM en de exploitant van het Heerenveense bedrijventerrein in de *SCI*-zaak. De maatregelen die zij gedrieën hadden ‘geregisseerd’ voor de ‘strategische acquisitie’ van *SCI*, dienden te worden teruggedraaid via terugvordering. Dat komt het vestigingsklimaat dus niet ten goede.

¹⁹ Beschikking van de Commissie van 25 juli 2001 inzake vermeende staatssteun ten gunste van het Amerikaanse concern Reebok in verband met zijn vestiging te Rotterdam (*Pb* 2002, L25/41).

4. Clusters en regionale steun

De actie-agenda van het Topteam, alsook het BCG-rapport, adviseren niet om hoofdkantoren zich te laten vestigen in geheel Nederland, maar alleen in bepaalde regio's, clusters genaamd.²⁰ Het BCG-rapport noemt als aansprekend voorbeeld *Silicon Valley* in Californië²¹ voor IT-bedrijven en de Londense *City* voor financiële instellingen.²² Volgens BCG

“[worden z]owel bedrijven als kenniswerkers – veelal over landsgrenzen heen – naar clusters ‘toegezogen’ waar alle expertise en kennis voor bepaalde sectoren zich concentreren. (...) De voordelen van clustervorming zijn groot. Bedrijven zijn er aantoonbaar productiever omdat toeleveranciers en dienstverleners in de buurt zitten, er meer toegang is tot informatie van bijvoorbeeld specifieke researchinstituten en werknemers er vaak meer gemotiveerd zijn – de lat ligt hoog binnen een cluster. Er wordt ook meer en sneller geïnnoveerd. Dat laatste komt met name doordat er sprake is van ‘knowledge spill’: wetenschappers en werknemers met veel kennis wisselen van werkgever of beginnen voor zichzelf. De gegenereerde kennis wordt daardoor breder ingezet.”²³

4.1. De Nederlandse clusters

Nederland kent (ook) al clusters. Zo identificeren het Topteam²⁴ en het BCG-rapport²⁵ de volgende clusters:

- de Zuidas / Metropoolregio Amsterdam (MRA), inclusief Schiphol voor besliscentra van multinationals;
- de Mainport: het logistieke netwerk van Nederland met vooral de haven van Rotterdam en luchthaven Schiphol;
- de Brainport / het Hightech R&D-cluster: rond Eindhoven (met o.a. Philips en de TU Eindhoven);
- het Food- en agrocluster: in de as Utrecht-Wageningen-Nijmegen (met o.a. het R&D-centrum Danone en de Universiteit Wageningen);
- De regio Delft-Den Haag (met Shell, TNO en de TU Delft); en
- het bloemencluster: de bloemenproductie en veiling rond Aalsmeer.

De regering heeft die ‘cluster-visie’ overigens ook al overgenomen, blijktens haar Structuurvisie ZuidasDok over de ‘herinrichting’ van de Amsterdamse Zuidas.

“De Zuidas is voor hoofdkantoren en de zakelijke en financiële dienstverlening een belangrijke vestigingslocatie, zeker ook gezien de nabijheid van Schiphol. De clusters versterken elkaar hier. Voor Schiphol is de nabijheid van Amsterdam en een kwalitatief hoogstaande vestigingslocatie als de Zuidas van belang voor de verdere ontwikkeling van de mainport.”²⁶

20 De (economische) theorie dat clustervorming tot een aantrekkelijk vestigingsklimaat zorgt, is ontleend aan Michael Porters boek *The competitive advantage of nations*, New York: Free Press 1990; voor een studie naar de effecten van clustervorming in Nederland zij verwezen naar: A. Weterings, F. van Oort, O. Raspe & T. Verburg (Ruimtelijk Planbureau), *Clusters en economische groei*, Rotterdam: NAI Uitgevers 2007.

21 Boston Consulting Group, a.w., p. 22, 24 en 30.

22 Boston Consulting Group, a.w., p. 24.

23 Boston Consulting Group, a.w., p. 22.

24 Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 17.

25 Boston Consulting Group, a.w., p. 24 en 25.

26 Structuurvisie ZuidasDok van de regering, zoals uiteengezet in de brief van de Minister van Infrastructuur en Milieu van 10 februari 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 668, nr. 2, p. 2).

Volgens het Topteam moeten de clusters onderdeel van de gezamenlijke acquisitie-strategie worden door gebruik te maken van

“een acquisitiekaart van Nederland, waarop de ‘hot spots’ voor het aantrekken van buitenlandse bedrijven in de topsectoren worden bepaald, dit op basis van gezamenlijk onderkende sectorale competenties en specialismen per regio.”²⁷

BCG geeft in overweging om te denken

“aan een gedifferentieerd vestigingsbeleid waarbij bepaalde bedrijven alleen bepaalde voordelen krijgen als ze zich op een bepaalde plek vestigen. In lijn met die redenering zou overwogen kunnen worden om R&D-activiteiten in Wageningen op het gebied van food extra (fiscale) voordelen te geven. Meer dan andere R&D in Wageningen, en meer dan food op andere locaties. Dezelfde logica kan bijvoorbeeld gelden voor besliscentra in Amsterdam ten opzichte van besliscentra elders in Nederland.”²⁸

4.2. *Staatssteun voor SABIC*

Rondom DSM in Zuid-Limburg is een *life-science* / chemisch cluster te vinden.²⁹ Ten behoeve van de vestiging van het Europese hoofdkantoor van *Saudi Basic Industries Corporation* (SABIC) in Sittard-Geleen waren die gemeente en de Provincie Limburg voornemens een investeringssubsidie te verstrekken van EUR 4,2 miljoen, op voorwaarde dat het daar ten minste 15 jaar gevestigd blijft. Omdat die subsidie ontegenzeggelijk staatssteun betrof, werd de subsidie bij de Commissie aangemeld. De Commissie toetste deze staatssteun aan de “richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen” en oordeelde dat de steun toelaatbaar is. Overigens merkt de Commissie daarnaast op

“dat het niet erg gebruikelijk is dat bedrijven hun hoofdkantoor in steungebieden vestigen gezien de voordelen van meer ontwikkelde centrale gebieden, bijvoorbeeld wat gekwalificeerde arbeidskrachten betreft.”³⁰

4.3. *Acquisitiekaart en Regionale steunkaart*

Denkbare overheidsmaatregelen die zijn gericht op vestiging in specifieke clusters leiden al snel tot specifieke maatregelen, omdat de (voordelige) maatregel alleen toegankelijk is voor ondernemingen die zich in die specifieke regio vestigen. Regionale staatssteun wordt door de Commissie alleen toelaatbaar geacht, teneinde de ontwikkeling “van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken”.³¹ De Nederlandse regio's die daarvoor in aanmerking komen, liggen in de periferie van

²⁷ Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 27.

²⁸ Boston Consulting Group, a.w., p. 30 en 31.

²⁹ Slechts terzijde genoemd door BCG als een mogelijk toekomstig cluster; Boston Consulting Group, a.w., p. 25.

³⁰ Beschikking van de Commissie van 2 februari 2005 betreffende de door Nederland toegekende regionale ad hoc-steun ten gunste van SABIC (nr. N492/2004), § 26.

³¹ Overeenkomstig artikel 107 lid 3 onder c VWEU.

Nederland³² en lopen economisch achter bij de rest van Nederland.³³ Er zijn in totaal zes aaneengesloten steungebieden waarvoor regionale staatssteun is goedgekeurd.³⁴ Het Topteam heeft op de reeds genoemde acquisitiekaart duidelijk aangegeven waar de clusters liggen. Als de Regionale staatssteunkaart op de acquisitiekaart wordt gelegd (figuur 1), blijkt dat de clusters waarin de hoofdkantoren zich zouden moeten vestigen slechts op één plek overeenkomt met de steungebieden waarin de Commissie regionale steun heeft goedgekeurd. Dat betreft de Limburgse zones Maastricht en Heerlen-Sittard, waar ook SABIC haar Europese hoofdkantoor heeft gevestigd.



Figuur 1³⁵

³² Het betreffen twee zones in Friesland, één in Groningen, één in Drenthe en twee in Zuid-Limburg.

³³ In die regio's ligt het BBP per capita onder het EU-25-gemiddelde of is er een werkloosheidsgraad die meer dan 115% bedraagt van het nationale gemiddelde (Beschikking van de Commissie van 27 juni 2007 betreffende de voor Nederland geldende Regionale-steunkaart 2007-2013 (nr. N249/2007), § 7).

³⁴ Regionale-steunkaart 2007-2013, § 7.

³⁵ Bron: de kaart betreft de door het Topteam zogenoemde acquisitiekaart, met daarop de door mij – bij benadering – ingevulde steungebieden waarin regionale staatssteun is goedgekeurd door de Commissie op basis van de Regionale-steunkaart 2007-2013.

De *SABIC*-beschikking van de Commissie is een duidelijk voorbeeld waar gebruik is gemaakt van de mogelijkheden die regionale steun voor economisch ‘achtergestelde’ gebieden geeft om een hoofdkantoor te laten vestigen in een aangewezen cluster.

De overige clusters liggen echter niet in economisch ‘achtergestelde’ gebieden, waardoor regionale staatssteun niet toelaatbaar kan worden verklaard op basis van de Regionale Staatssteunkaart.

Overheidsmaatregelen die alleen voordelen toekennen als vestiging plaatsvindt in een bepaald cluster zullen dan als verboden staatssteun moeten worden aangemerkt met uitzondering van de clusters in Zuid-Limburg.

5. Doelgroep: hoofdkantoren van grote multinationals

Eén van de doelstellingen van het Topteam is om

“Nederland minimaal zijn huidige positie in de top 10 vestigingslanden van concernhoofdkantoren van Fortune Global 500 bedrijven [te laten behouden].”³⁶

Om die doelstelling te behalen, ligt het voor de hand maatregelen te treffen die alleen gericht zijn op die specifieke groep grote multinationals. Nog los van de vraag hoe de criteria van dergelijke maatregelen zouden moeten luiden, is het de vraag of maatregelen die specifiek voor die doelgroep zijn ontworpen de staatssteuntoets kunnen doorstaan.

5.1. Concernfinancieringsmaatschappijregime

Het – inmiddels afgeschafte – Nederlandse concernfinancieringsmaatschappijregime (CFM-regime) voorzag in een lagere vennootschapsbelastingheffing over de resultaten van groepsfinancieringsactiviteiten van een (kwalificerende) vennootschap. Die vennootschap diende dan wel te behoren tot een groep die in ten minste vier landen of op twee continenten was gevestigd en de financieringsdiensten moesten voor ten minste negentig procent verleend zijn aan niet in Nederland gevestigde groepsvennootschappen; het ging dus om internationaal werkzame concerns. Volgens de Commissie konden alleen grote multinationals hiervan gebruik maken en was dat ook de bedoeling.³⁷ Om die reden was voldaan aan de specificiteits eis (en overigens ook aan de andere criteria van art. 107 lid 1 VWEU) en was er dus sprake van onwettige staatssteun.³⁸

³⁶ Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 3.

³⁷ Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (*Pb* 2003, L180/52), § 95.

³⁸ Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (*Pb* 2003, L180/52), § 88; steun is onwettig als deze is verleend en niet is aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie; dat is in strijd met art. 107 lid 3 VWEU (zie ook art. 1 onder f van Verordening (EG) Nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (*Pb* 1999, L83/1)).

5.2. Staatssteun voor de Fortune Global 500 bedrijven

Om de genoemde doelstelling van het Topteam te behalen, zouden maatregelen denkbaar zijn die alleen toegankelijk zijn voor de Fortune Global 500 bedrijven. De CFM-beschikking maakt evenwel duidelijk dat begunstigende maatregelen die alleen beschikbaar zijn voor grote multinationale ondernemingen specifiek zijn en daarmee staatssteun kunnen opleveren (als ook aan de andere voorwaarden is voldaan). Maatregelen specifiek gericht op deze groep bedrijven lijken derhalve niet mogelijk.

6. Steun voor bepaalde activiteiten

Het Topteam onderscheidt vijf activiteiten die hoofdkantoren kunnen ontplooiën. Het gaat om hoofdkantoren (i) waar *treasury & finance*, (ii) *research & development*, (iii) *design*, of (iv) *marketing & verkoop* activiteiten plaatsvinden of (v) die als besliscentra functioneren.

Het is mogelijk dat een hoofdkantoor alle activiteiten vanuit één locatie ontplooit, maar steeds vaker is dat verspreidt over twee of meer locaties. Zo heeft Philips bijvoorbeeld zijn besliscentrum in Amsterdam, terwijl onderzoek & ontwikkeling plaatsvindt in Eindhoven.

Het Topteam constateert daarover het volgende.

“Fiscale hoofdkantoren of houdstermaatschappijen leveren de Nederlandse economie weinig op [‘slechts’ 7.000 banen;³⁹ WG]. Het is juist van belang dat de hoogwaardige functies in Nederland worden ondergebracht [die leverden al 125.000 banen op;⁴⁰ WG]. De suggestie is daarom ook gedaan om reeds gevestigde hoofdkantoren te verleiden meer functies naar Nederland te halen, b.v. door een goed R&D-beleid.”⁴¹

Het nemen van maatregelen die gunstig zijn voor ondernemingen die specifiek die activiteiten ontplooiën kan evenwel weer leiden tot staatssteun, omdat dan aan de specificiteits eis is voldaan. Twee activiteiten zal ik hier – ter illustratie – nader onderzoeken: (1) *treasury & finance* en (2) *research & development*.

6.1. Treasury & Finance

Op het gebied van financieringsactiviteiten heeft Nederland al een *track record* in Brussel. Het reeds genoemde Nederlandse CFM-regime waarbij minder vennootschapsbelasting werd geheven over financieringsactiviteiten van (grote) multinationals, werd door de Commissie als verboden staatssteun aangemerkt. De ‘opvolger’

39 Uit het rapport van BCG blijkt dat ‘Nederland een fiscaal aantrekkelijk land voor bedrijven [is], maar de fiscaal-juridische kernen creëren met 7.000 banen relatief weinig waarde (exclusief de bijbehorende belastinginkomsten)’; Boston Consulting Group, a.w., p. 8.

40 Mondiale besliscentra die in Nederland zijn gevestigd leverden 40.000 banen op en expertisecentra 85.000 banen; Boston Consulting Group, a.w., p. 8.

41 Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 30.

van dat regime is de zogenoemde groepsrentebox. De Commissie heeft besloten dat die maatregel geen staatssteun vormt,⁴² omdat deze maatregel niet specifiek is,⁴³ hoewel het daar eerst wel aan twijfelde en een formele onderzoeksprocedure had geopend, om dat aspect nader te onderzoeken.

Met deze maatregel heeft Nederland dus al een maatregel specifiek voor *treasury & finance* activiteiten van een hoofdkantoor dat naar Nederland wil komen, zonder dat dat staatssteun oplevert.

6.2. *Research & Development*

Het Topteam Hoofdkantoren heeft (samen met de andere topteams) geadviseerd een Research & Development aftrek (RDA) in te voeren; per 1 januari 2012 is die fiscale faciliteit ingevoerd.⁴⁴ De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat dit een generieke maatregel is die geen staatssteun vormt.⁴⁵ De RDA is niet bij de Commissie aangemeld.

De RDA ligt in het verlengde van de eerder ingesteld octrooiabox. De Nederlandse regering had die octrooiabox wel aangemeld bij de Commissie met het verzoek te verklaren dat die maatregel geen staatssteun betrof. Na die melding beschikte de Commissie dat vergelijkbare regimes van andere landen geen staatssteun vormden. Ook volgend op de Nederlandse melding ontwikkelde de Commissie beleid om onderzoek & ontwikkeling te stimuleren. Die ontwikkelingen deden de regering zodanig sterken in haar opvatting dat er geen sprake was van staatssteun,⁴⁶ dat zij de aanmelding bij de Commissie heeft ingetrokken en de maatregel in werking heeft laten treden, zonder het oordeel van de Commissie af te wachten.⁴⁷

Voor de RDA zou dan dezelfde conclusie moet kunnen gelden. Met deze maatregel heeft Nederland dus al een maatregel specifiek voor *research & development* activiteiten van een hoofdkantoor dat naar Nederland wil komen, zonder dat dat staatssteun oplevert.

7. **Personeel: loonkostensubsidie, internationale scholen en luchtkwaliteit**

Het Topteam adviseert om de zogenoemde 30%-regeling voor hoogopgeleid buitenlandse personeel in stand te laten, uit te breiden voor buitenlandse promovendi en

42 Beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox (nr. C4/07 (exN 465/06)) (*Pb* 2009, L288/26).

43 De maatregel is immers van toepassing op iedere onderneming en niet alleen grote multinationals, zoals het CFM-regime; Beschikking van de Commissie, *op. cit.*, § 107 en 123.

44 Zie daarover brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 december 2011 aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, G, p. 4).

45 Nota van wijziging Belastingplan 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 5).

46 Overigens staat zij daar niet alleen in: zie o.a. M.L.B. van der Lande, 'Innovatiebox: de ongelijke behandeling van speur- en ontwikkelingswerk', *NTFR* 10 december 2009, p. 7 en de in voetnoot 6 aangehaalde literatuur.

47 Toelichting bij Besluit van 31 januari 2007 tot inwerkingtreding van de octrooiabox in de vennootschapsbelasting en van een daarmee verband houdende aanpassing van het Besluit fiscale eenheid 2003 (*Sib.* 2007, 44).

oneigenlijk gebruik tegen te gaan.⁴⁸ Dat advies heeft de wetgever inmiddels ter harte genomen.⁴⁹ De 30%-regeling lijkt op het eerste gezicht een algemene maatregel en is geen specifieke loonkostensubsidie voor bepaalde ondernemingen/producties die als staatssteun is aan te merken.⁵⁰ Als op ad-hoc basis wel loonkostensubsidie wordt verstrekt om een hoofdkantoor te verleiden zich in Nederland te vestigen, zoals bij de reeds genoemde zaken *SCI* en *Reebok*, is wel sprake van staatssteun en kan dat slechts binnen de kaders van de regionale staatssteunkaart (zie daarover § 4.3).

Voor de betreffende werknemers is een kwalitatief goede leefomgeving van belang. Daartoe adviseert het Topteam om de leefomgeving van de werknemers van de hoofdkantoren te verbeteren, door voldoende passende huurwoningen beschikbaar te hebben (in Amsterdam en Utrecht is er een tekort), voldoende internationale scholen, waaraan ook een tekort is getuige de wachtlijsten bij de bestaande scholen.⁵¹ BCG voegt daar aan toe dat ook bijvoorbeeld de luchtkwaliteit van belang is, waarbij het aangeeft dat veel gekwalificeerd personeel en daarmee ook hoofdkantoren Hong Kong zijn gaan mijden vanwege de (ver)slechte(rde) luchtkwaliteit.⁵² Verruiming van het aantal geschikte huurwoningen zal over het algemeen geen staatssteun opleveren, tenzij de eigenaren van die huurwoningen staatssteun ontvangen of de werkgevers huursubsidies voor hun werknemers, zoals in de *SCI*-zaak het geval was.

Wat betreft maatregelen die de internationale scholen betreffen, rijst eerst de vraag of die scholen wel ondernemingen zijn; zijn zij dat niet, dan vormen specifieke begunstigende maatregelen voor die scholen geen staatssteun.⁵³ Zij zouden dat wel kunnen zijn indien en voor zover zij commerciële activiteiten ontplooiën of de eventuele winst die zij maken uitkeren aan de eigenaren van die scholen in plaats van (verplicht) te herinvesteren in onderwijs.⁵⁴ In dat geval zijn steunmaatregelen voor die scholen aan te merken als staatssteun.

Verbetering van het milieu en specifiek de luchtkwaliteit zal over het algemeen geen staatssteun opleveren, tenzij de overheid aan bijvoorbeeld alleen de grootste vervuiler een subsidie toekent om milieuvriendelijker te kunnen worden.

8. Conclusies en aanbevelingen

Voor de hand liggende maatregelen om de actie-agenda van het Topteam uit te voeren zijn duidelijk beperkt door het verbod op staatssteun van art. 107 lid 1 VWEU.

⁴⁸ Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 32.

⁴⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 7 september 2011, *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 504, nr. 69, p. 2.

⁵⁰ Alhoewel Kavelaars daaraan twijfelt; P. Kavelaars, 'Staatssteun in the picture', *NTFR Beschouwingen* 2012/8.

⁵¹ Topteam Hoofdkantoren, a.w., p. 26.

⁵² Boston Consulting Group, a.w., p. 27.

⁵³ Zie bijvoorbeeld de steunmaatregelen aan Duitse beroepsopleidingen, waarover de Commissie oordeelde dat er geen sprake was van staatssteun, omdat de scholen geen ondernemingen waren; Beschikking van de Commissie van 9 juli 2003 betreffende de door Duitsland toegekende steun voor de bouw of uitbreiding van instellingen voor beroepsopleiding, bijscholing en omscholing (nr. N644/F/2002).

⁵⁴ Beschikking van de Commissie van 8 november 2006 betreffende de door Tsjechië toegekende steun aan de Universiteit van Pířevř (nr. NN54/2006), § 14-18.

Waar het Topteam strategische acquisitie adviseert, zal die acquisitie gestoeld moeten zijn op 'reclame' voor de Nederlandse clusters zonder dat die kracht kan worden bijgezet door 'met een zak geld' of voordelen in natura te strooien om de hoofdkantoren te lokken en te overtuigen zich in specifieke Nederlandse clusters te vestigen, zoals blijkt uit de *SCI*- en *Reebok*-beschikkingen, met uitzondering van de clusters in Zuid-Limburg, aangezien die binnen de Regionale Staatssteunkaart vallen.

Voor het Topteam is het een doel om vooral de hoofdkantoren van de Fortune Global 500 bedrijven zich te laten vestigen in de Nederlandse clusters. Uit de *CFM*-beschikking blijkt dat voordelige maatregelen die alleen open staan voor grote multinationals staatssteun opleveren.

De bestaande fiscale maatregelen zoals de groepsrentebox en de octrooi-/RDA die zijn gericht op financieringsactiviteiten, respectievelijk onderzoek & ontwikkelingsactiviteiten van hoofdkantoren, leveren geen specifieke maatregelen op en zijn dus mogelijk.

Maatregelen om gekwalificeerd hoogopgeleid buitenlands personeel voor de hoofdkantoren naar Nederland te halen, lopen minder snel tegen de staatssteunregels op. De 30%-regeling is geen specifieke loonkostensubsidie. Maatregelen die een kwalitatief goede leefomgeving van die werknemers garandeert, zoals de verbetering van huisvesting, de scholing van hun kinderen en van het milieu zal over het algemeen geen staatssteun opleveren.

Kortom, de staatssteunregels beperken de mogelijkheid om met gerichte begunstigende maatregelen hoofdkantoren naar de Nederlandse clusters te lokken behoorlijk. Investeren in de kwaliteit / infrastructuur van de clusters, inclusief de universiteiten die in die clusters zijn gelegen en daarbij behorende leefomgeving, zullen minder snel tegen het verbod op staatssteun aanlopen. Allicht dat de clusters dan de beoogde aanzuigende werking krijgen en/of kunnen behouden, waardoor hoofdkantoren zich daar willen vestigen, zonder dat zij daarvoor specifieke douceurtjes krijgen die als staatssteun worden aangemerkt en zullen moeten worden teruggevorderd.

Keuzeregeling voor liquidatieverliezen

Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling

R. Gielen LL.M.,¹ mr. W.Y. Ip² en mr. L.J.A. Pieterse³

1. Inleiding

1.1. *De liquidatieverliesregeling: een fiscale ‘aantrekkelijkheid’*

De deelnemingsvrijstelling zoals zij in Nederland geldt, mag gerust vermaard worden genoemd.⁴ Deze regeling, die ook in buitenlandse verhoudingen dubbele belasting voorkomt, heeft een vaste plaats in het fiscale bestel van ons land weten te veroveren. Wie beweert dat Nederland een aantrekkelijk vestigingsklimaat heeft, noemt daarbij doorgaans in één adem de deelnemingsvrijstelling.⁵ Ook wat dat betreft staat de deelnemingsvrijstelling op de kaart. Dat zij een belangrijke factor is die een goed vestigingsklimaat mede bepaalt, en investeringen bevordert, wordt door niemand in twijfel getrokken. Het is voor de in Nederland gevestigde hoofdkantoren van (buitenlandse) ondernemingen (namelijk) van groot belang dat zij, gezien de relatief beperkte omvang van de Nederlandse markt, hun positie kunnen versterken door ook in het buitenland te investeren en dat de voordelen daarvan in Nederland worden vrijgesteld. Als dergelijke investeringen tot een verlies lijden, en dat kan gebeuren, moet zodanig verlies – op enig moment – in aanmerking kunnen worden genomen, zo meent de wetgever.⁶ Tegen deze achtergrond is het te verklaren dat de wet toestaat dat een verlies dat ontstaat doordat een (buitenlandse) deelneming wordt geliquideerd, aftrekbaar is. Deze mogelijkheid wordt, en daar is iedereen het over eens, tot de ‘fiscale aantrekkelijkheden’ van Nederland gerekend.⁷

1 Remy Gielen is werkzaam bij KPMG Meijburg & Co en verricht onderzoek aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Stephan Ip is werkzaam bij Rechtbank Haarlem en verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Deze bijdrage is in de laatstgenoemde hoedanigheid geschreven.

3 Rens Pieterse is verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

4 Maarten Schinkel, ‘Mick en Bono zijn hier niet voor het wegennet’, *NRC Handelsblad* 8 december 2011, p. 26.

5 Met hoofdkantoren naar de top. Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten. Actie-agenda opgesteld door het Topteam Hoofdkantoren, juni 2011, p. 23 en *NRC Handelsblad* 3 januari 2012, p. 24-25 (‘Poldermodel biedt een dijk van een kans’).

6 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 19 968, nr. 13, p. 10.

7 Vgl. het verslag van P.F.E.M. Merks, ‘De wet van de remmende voorsprong. Staatssecretaris Wijn op de Vrije Universiteit te Amsterdam (...)’, *WFR* 2004/457, p. 457.

1.2. *In vogelvlucht: de regeling en haar problemen*

De regeling die een geleden liquidatieverlies aftrekbaar stelt, oogt eenvoudig: aftrekbaar is het positieve verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen.⁸ Maar de schijn bedriegt, want mede als gevolg van de buitengemeen complexe bepalingen die de vaststelling van het opgeofferde bedrag beheersen, kent de regeling een aantal onvolkomenheden. In de literatuur is dit niet onopgemerkt gebleven. Zo beschrijft Hofman in het kader van de liquidatie van een tussenhoudster enige situaties waarin zich een (onbedoelde) samenloop van anti-misbruikbepalingen kan voordoen, waardoor ook ‘eigen’ operationele verliezen van de tussenhoudster teloor gaan.⁹ Voorts blijkt het in de praktijk vaak niet eenvoudig om na een reeks van zich opeenvolgend voordoende fusies en/of splitsingen, het voor een deelneming opgeofferde bedrag te ‘reconstrueren’. Ook de verhangings van deelnemingen binnen fiscale eenheid (al dan niet in het zicht van liquidatie) vraagt om de nodige administratieve inspanningen van de belastingplichtige, wil deze achteraf in staat zijn om het opgeofferde bedrag juist te bepalen.¹⁰ Dit laatste wordt, tot slot, verder bemoeilijkt door de recente arresten van de Hoge Raad inzake de aan een deelneming verstrekte onzakelijke lening, welke arresten meebrengen dat niet in aftrek toegelaten afwaarderingsverliezen (uiteindelijk) bij het opgeofferde bedrag mogen worden opgeteld.¹¹ Als het liquidatieverlies eenmaal is gecijferd, en dat is dus (lang) niet altijd een sinecure te noemen, dan kan dat pas worden genomen op het tijdstip waarop de liquidatie is voltooid, zo bepaalt de wet.¹² Deze eis leidt ertoe dat er een fiscaal belang mee gediend is om een liquidatie zo snel mogelijk te voltooien, maar het zal duidelijk zijn dat de regeling een averechts effect kan hebben op de reorganisatiekansen van een onderneming.¹³

In deze bijdrage laten wij deze probleemvelden links liggen en concentreren wij ons op de uitgangspunten van de liquidatieverliesregeling. Als gevolg van de door de wetgever gehuldigde ‘forfaitaire’¹⁴ benadering kan het ingevolge deze regeling te nemen verlies veel minder belopen dan het verlies dat bij de deelneming verloren gaat. Maar het is ook mogelijk dat bij de moedermaatschappij een liquidatieverlies tot uitdrukking komt, terwijl de deelneming minder of zelfs helemaal geen verlies heeft geleden dan wel geen verlies verloren gaat.¹⁵ Hierna onderzoeken wij het theoretische fundament van de liquidatieverliesregeling (§ 2). Op basis van die analyse bezien wij in hoeverre de huidige regeling daarmee in overeenstemming is, dan wel zou moeten worden herzien (§ 3). Hierbij wordt tevens aandacht geschonken aan

⁸ Art. 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de wet).

⁹ A.W. Hofman, ‘Tussenhoudsterperikelen in de liquidatieverliesregeling’, *WFR* 2006/1344, § 3.3.

¹⁰ Zij het dat art. 13d lid 10 van de wet de mogelijkheid biedt om het opgeofferde bedrag jaarlijks door de inspecteur te laten vaststellen.

¹¹ Zie m.n. HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *V-N* 2011/63.11. Zie over deze arresten o.m. (kritisch) M. Nieuweboer, ‘Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!’, *NtFR* 2012/292.

¹² Art. 13d lid 9 van de wet.

¹³ A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, derde druk, ‘s-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2011, § 8.4.2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, p. 29 r.k.

¹⁵ W.C.M. Martens (a.w., p. 99) demonstreert dat aan de hand van een voorbeeld.

de vraag of EU-rechtelijke ontwikkelingen al dan niet tot een dergelijke herziening dwingen (§ 4). In § 5 komen wij tot een voorstel tot aanpassing van het huidige art. 13d van de wet.

2. Deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling

2.1. *Historische achtergrond*

Om de ratio van de (huidige) liquidatieverliesregeling goed te kunnen doorgronden, is het zaak kort stil te staan bij haar historische achtergrond. Die achtergrond is niet los te zien van die van de deelnemingsvrijstelling. Een voorloper van de deelnemingsvrijstelling is te vinden in de Bedrijfsbelasting 1893, waarin meervoudige heffing van winstbelasting binnen een concern werd voorkomen. Enkele decennia later, onder vigeur van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942, gold de deelnemingsvrijstelling alleen voor dividenden.¹⁶ De koersresultaten op deelnemingen werden in de heffing betrokken, al bestonden er nogal wat mogelijkheden om belaste koerswinst te voorkomen dan wel te transformeren in onbelaste dividenduitkeringen.¹⁷ Een deelneming kon ook aanleiding geven tot het constateren van een verlies, bijvoorbeeld omdat zij met ernstige (structurele) verliezen te kampen had.¹⁸ Het besluit stond toe dat in zodanige situatie de moeder haar deelneming kon afwaarderen, en wel tot lagere bedrijfswaarde. Met ingang van 1970 is de deelnemingsvrijstelling verruimd en vallen alle waardeveranderingen onder de vrijstelling.¹⁹ Dit betekent ook dat een reëel verlies op een deelneming niet (meer) kan worden afgetrokken. Onder omstandigheden komen verliezen toch in aftrek; dat is het geval als sprake is van liquidatieverliezen. Bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990 werd de liquidatieverliesregeling aanzienlijk aangescherpt.

2.2. *Ratio liquidatieverliesregeling*

De ratio van de liquidatieverliesregeling krijgt gestalte in het licht van de rechtvaardigingsgrond van de deelnemingsvrijstelling. Deze vrijstelling is erop gericht dat in deelnemingsverhoudingen “een sluitend systeem [ontstaat] waarbij winsten zowel als verliezen voor de vennootschapsbelasting slechts éénmaal in aanmerking worden genomen”.²⁰ Deze omschrijving geeft uitdrukking aan de ‘ne bis in idem’-regel en daarmee is meteen de ratio (of de rechtvaardigingsgrond) van de deelnemingsvrijstelling gegeven.²¹ Deze regel, winst behoort slechts eenmaal in de vennootschapsbelasting te worden betrokken, is beperkt tot deelnemingsverhoudingen, dat wil

¹⁶ Art. 10 lid 1 van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 (hierna: het besluit).

¹⁷ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 44.

¹⁸ Vgl. *Kamerstukken II* 1961/62, 6000, nr. 6, p. 14-15.

¹⁹ Art. 13 van de wet.

²⁰ *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14 l.k. Zie verder over de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling: J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, § 2.3.

²¹ P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 25.

zeggen tot waar de “verlengstukgedachte geacht wordt werkzaam te zijn”.²² Dat de Staatssecretaris van Financiën zich in deze omschrijving kan vinden, bleek tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de deelnemingsvrijstelling (per 28 april 1990). In de memorie van toelichting liet hij optekenen dat bij

“het bezien van de wetshistorie en de literatuur inzake de rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling (...) steeds sprake [is] van een zeker evenwicht tussen twee tegenstrijdige uitgangspunten, te weten het uitgangspunt dat ieder in de wet aangewezen lichaam als zelfstandige entiteit in de heffing moet worden betrokken en het uitgangspunt dat dezelfde winst niet tweemaal in de heffing mag worden betrokken. Deze spanning zit in de grondslagen van de vennootschapsbelasting. Het resultaat in de deelnemingsvrijstelling wordt in de literatuur wel aangeduid als de verlengstukgedachte. Het gaat er niet om elders belaste winst in alle omstandigheden vrij te stellen, maar om elders belaste ‘eigen winst’, of wel winst uit een bezit dat in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming”.²³

Ook de Hoge Raad heeft de ‘ne bis in idem’-regel omarmd, zo volgt (onder meer) uit een in 2002 gewezen arrest, waarin hij overwoog dat de “deelnemingsvrijstelling [ertoe] strekt te voorkomen dat ter zake van de door de dochtermaatschappij gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervennootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd”.²⁴

De (beschreven) ratio van de deelnemingsvrijstelling geldt ook in buitenlandse verhoudingen, zij het dat er dan nog een dimensie aan wordt toegevoegd. De vrijstelling functioneert dan tevens als een eenzijdige maatregel ter voorkoming van dubbele belasting.

De deelnemingsvrijstelling stelt voordelen vrij en daaronder vallen ook negatieve voordelen, zodat een verlies dat wordt geleden bij liquidatie van de deelneming niet in aftrek op de winst kan worden gebracht. De liquidatieverliesregeling vormt daarop een uitzondering (art. 13d van de wet). Deze uitzondering laat zich “niet (...) verklaren uit karakter en structuur van de deelnemingsvrijstelling”, zo heeft Verburg in zijn befaamde handboek opgetekend.²⁵ De verklaring kan wel worden gezocht (en gevonden) in de wens van de wetgever te voorkomen dat een verlies bij liquidatie noch bij de moedervennootschap noch bij de te liquideren deelneming (effectief) vergolden kan worden. De mogelijkheid om liquidatieverlies bij de moedervennootschap in aanmerking te nemen, doet recht aan de gedachte dat verliezen bij de heffing van vennootschapsbelasting zo veel mogelijk behoren te worden vergolden.²⁶ Deze gedachte komt in de wettelijke regeling overigens slechts in beperkte mate tot uitdrukking²⁷

22 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2000, p. 290. Hij voegt daar op treffende wijze aan toe: “Men zou kunnen zeggen dat de ‘ne bis in idem’-regel haar bedding vindt in de verlengstukgedachte”.

23 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 5, *V-N* 1988, p. 314.

24 HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB* 2002/262, r.o. 3.3.

25 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2000, p. 335.

26 *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14.

27 Vgl. W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting*, negende druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 99.

(zie § 3). Het is verleidelijk om de liquidatieverliesregeling te typeren als een vreemd element in de deelnemingsvrijstelling, “dat daarin eigenlijk niet past”.²⁸ Maar gelet op de ratio van de deelnemingsvrijstelling om winsten (en verliezen) niet meer dan eenmaal in de heffing te betrekken (§ 2.2), is het niet onlogisch, en zelfs aangewezen, dat verlies eenmaal vergolden moet kunnen worden.²⁹ Zo bezien vormt de liquidatieverliesregeling niet zozeer een uitzondering op de hoofdregel, maar een onderdeel van de beoogde systematiek,³⁰ dat wil zeggen een logisch sluitstuk van de deelnemingsvrijstelling. De theoretische consequentie daarvan is, dat het de belastingplichtige zou moeten zijn toegestaan om de onverrekend gebleven verliezen van de deelneming te benutten.

2.3. *Tussenconclusie*

De wet hanteert als uitgangspunt dat ieder aangewezen lichaam op zelfstandige basis in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken. De deelnemingsvrijstelling doorkruist dit uitgangspunt. De vrijstelling, die als een regeling van fiscaal concernrecht kan worden getypeerd, beoogt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding winsten en verliezen meer dan eenmaal in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken. De werking ervan is – volgens de Hoge Raad – te vergelijken met een belastingheffing als ware de deelneming met het deelnemende lichaam geconsolideerd. Dit betekent tevens dat verliezen die de deelneming heeft geleden, maar onverrekend zijn gebleven, (zoveel mogelijk) op het niveau van de (deelnemende) belastingplichtige moeten kunnen worden vergolden.

3. **Praktische en theoretische aspecten van de forfaitaire benadering**

Ten grondslag aan de in § 1.2 geschetste problematiek ligt steeds de keuze van de wetgever, om ter bepaling van de omvang van het liquidatieverlies uit te gaan van het door de moedervennootschap opgeofferde bedrag. In deze paragraaf bezien wij de overwegingen die de basis vormen voor deze keuze.

3.1. *Praktische aspecten van het opgeofferde bedrag*

Het te nemen liquidatieverlies is krachtens het eerste lid van art. 13d van de wet beperkt tot het verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering. Als gezegd, wordt daarmee niet aangesloten bij de daadwerkelijk door

28 Aldus H.J. Hofstra, die vond dat de bepaling maar het beste kon worden geschrapt (*Inflatieneutrale belastingheffing*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1978, p. 137). Van Overbeeke heeft (eveneens) betoogd dat de liquidatieverliesregeling “niet kan worden beargumenteerd met behulp van de grondslag van de deelnemingsvrijstelling” (M.P. van Overbeeke, ‘Fiscale grondslagen voor de aftrek van buitenlandse liquidatieverliezen’, *De NV* september/oktober 1986, p. 171).

29 J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 122 en P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 329.

30 M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, ‘Liquidatieverliesregeling: een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?’, *WFR* 2005/1589, § 8.

de deelneming geleden verliezen. Er zijn – in tegendeel – tal van situaties denkbaar waarin het te nemen liquidatieverlies in het geheel geen verband houdt met de door de dochter geleden verliezen.³¹ Wordt bijvoorbeeld een bedrag aan goodwill boven de reëel intrinsieke waarde van een deelneming betaald, dan zal een (spoedige) liquidatie als gevolg van tegenvallende winsten veelal in een verlies bij de moeder resulteren, ook al heeft de deelneming in het geheel geen verliezen geleden. Anderzijds zal bij een deelneming die niet in staat is zijn vermogen te handhaven, vaak sprake zijn van daadwerkelijk geleden (niet voor compensatie vatbare) verliezen die in omvang het opgeofferde bedrag overtreffen.

Deze forfaitaire benadering lijkt niet te stroken met de in § 2.1 weergegeven grondgedachte dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting worden vergolden. Wie achter de keuze van de wetgever een gedegen theoretische onderbouwing vermoedt – en zulks ook mag vermoeden³² – komt bij lezing van de memorie van toelichting evenwel bedrogen uit:

“Zoals ter aangewezen plaatse is uiteengezet, wordt de voorgestelde regeling gemotiveerd met het feit dat door de liquidatie van de dochter voorgoed de mogelijkheid verloren gaat de verliezen van deze maatschappij nog met winsten van haarzelf te compenseren. Insteede van dit onverrekend gebleven verlies vast te stellen en over te brengen naar de moedermaatschappij – welk regime op grote praktische bezwaren zou stuiten – hebben de ondergetekenden gemeend aansluiting te moeten zoeken bij het verlies dat zich bij de moedermaatschappij manifesteert. Dit verlies is gesteld op het verschil tussen het bedrag dat voor de verkrijging van de deelneming c.a. is opgeofferd, en de som van de daarop ontvangen liquidatie-uitkeringen”.³³

De keuze voor verliesneming tot ten hoogste het opgeofferde bedrag werd door de wetgever derhalve niet zozeer in overeenstemming met de ratio van de liquidatieverliesregeling, als wel pragmatisch wenselijk geacht. Van der Geld meent evenwel dat de wetgever “niet serieus bedoeld”³⁴ kan hebben dat “eigenlijk het verlies van de dochter bij de moeder zou moeten worden vergolden”. De parlementaire toelichting die het tegendeel lijkt te suggereren houdt hij voor ongenueanceerd.³⁵

Hij acht deze niet alleen theoretisch onjuist, maar ook het feit dat de praktische uitwerking van de regeling “volstrekt niet spoort” met het overboeken van het verlies van de dochter naar de moeder, wijst er zijns inziens op dat de wetgever zich ongelukkig moet hebben uitgedrukt.

De vraag rijst welke “grote praktische bezwaren” de wetgever op het oog heeft gehad, en of deze zich zouden manifesteren aan de zijde van de belastingplichtige of de belastingdienst.

31 Zie voor enige voorbeelden: J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, (FM nr. 35), vierde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 62; S.A.W.J. Strik en R.J. de Vries e.a., *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.4.13.A.d.

32 Zo ook A.L. Brok, ‘De deelnemingsvrijstelling in de ontwerp-wet op de Vennootschapsbelasting 1960’, *MAB* 1962, p. 64.

33 *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

34 J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 120.

35 Zie vorige voetnoot. Overigens gaat Van der Geld ook in op het tweede, hierna weergegeven citaat uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 23-24). Wat hem betreft lijkt het erop dat de Staatssecretaris hier “vrij gedachteloos de destijds [d.w.z. bij de totstandkoming van de regeling] gebezigde formulering heeft overgenomen”.

Naar een nadere duiding van de vermeende bezwaren zoekt men in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de liquidatieverliesregeling, tevergeefs. In de literatuur zijn wel aanwijzingen te vinden. Zo merkt Van Overbeeke op dat verliesoverheveling naar de moedermaatschappij “toegang tot de administratie van alle daarvoor in aanmerking komende buitenlandse dochtervennootschappen vereist”.³⁶

Het vermoeden dat de wetgever vooral het oog heeft gehad op bezwaren in grensoverschrijdend verband, weet zich bevestigd wanneer de sluier die om de motivatie hangt alsnog wordt gelicht, en wel bij de behandeling van de Wet van 25 april 1990, Stb. 1990, 73:

“Zoals ook in de inleiding hiervoor vermeld, is destijds om praktische bezwaren te vermijden ervoor gekozen om niet het onverrekende verlies van de dochter over te brengen, maar om aansluiting te zoeken bij het verlies dat de in Nederland belastingplichtige moeder op haar investering lijdt. Die benadering ondersteun ik. Het overbrengen van de verliezen van de dochter zou inderdaad op bezwaren stuiten. Er zou rekening moeten worden gehouden met de specifieke wijze van winstbepaling en verliesverrekening van de desbetreffende landen”.³⁷

Brok, evenwel, betoogde bij de introductie van de regeling reeds dat de praktische bezwaren verbonden aan de overheveling van onverrekende verliezen van *binnenlandse* dochters naar de moeder “gezien het belang dat er mede gediend wordt” nauwelijks wezenlijk zijn. De auteur stelt dan ook dat de keuze voor de forfaitaire benadering in elk geval in binnenlandse situaties niet voldoende is onderbouwd.³⁸

3.2. *Theoretische aspecten van een forfaitaire benadering*

Hoewel het voorgaande doet vermoeden dat de keuze voor het opgeofferde bedrag als maatstaf voor het liquidatieverlies uitsluitend is ingegeven door pragmatische argumenten, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever tevens oog heeft gehad voor een meer dogmatische onderbouwing. Desgevraagd gaf Kamerlid Vermeend bij de verdediging van zijn initiatiefwetsvoorstel tot het tegengaan van oneigenlijk gebruik in de vennootschapsbelasting aan, zich geheel te kunnen vinden in de opvattingen van De Vries dat het liquidatieverlies bij de moeder subjectief dient te worden bepaald.³⁹ Met instemming citeert hij De Vries, die schrijft dat naar zijn mening “de overbrenging van het compensabele verlies van de geliquideerde dochter naar de moeder uit theoretisch oogpunt juist [zou] moeten worden afgewezen (...) Een bij liquidatie van de dochter aanwezig compensabel verlies gaat immers veelal gepaard met een (zeer) lage vermogensstand of een negatief vermogen bij de dochter, waardoor dit verlies wordt gedragen door de aandeelhoudster van de dochter (dus door de moeder) en door de crediteuren van de dochter (dus door de moeder

36 M.P. van Overbeeke, ‘Fiscale grondslagen voor de aftrek van buitenlandse liquidatieverliezen’, *De NV* september/oktober 1986, p. 170.

37 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 23-24

38 A.L. Brok, ‘De deelnemingsvrijstelling in de ontwerp-wet op de Vennootschapsbelasting 1960’, *MAB* 1962, p. 65-66.

39 *Kamerstukken II* 1987/1988, 19 729, nr. 10, p. 37-38.

en derden-crediteuren) op het liquidatietijdstip”.⁴⁰ De Vries vervolgt: “Tengevolge van de ontbindingsdaad van de dochter vindt dan ook in feite verliesconsolidatie plaats ten laste van de moeder (als aandeelhouder en als creditrice) en ten laste van derden-crediteuren. Voorzover het compensabele verlies ten gevolge van de ontbinding van de dochter definitief ten laste van derden-crediteuren komt, bestaat dan ook naar mijn mening geen aanleiding dit (gedeelte van het) verlies alsnog in mindering op de winst van de moedermaatschappij te brengen omdat dit (gedeelte van het) verlies immers niet ten koste van het vermogen van de moeder is gegaan. Het nog resterende deel van het compensabele verlies daarentegen wordt wel door de moeder gedragen in haar hoedanigheid van aandeelhoudster en/of creditrice. Slechts indien en voorzover de moeder bij liquidatie van de dochter mitsdien minder terugontvangt dan hetgeen voor deelneming en/of haar duurzame financieringsvordering is opgeofferd, wordt het compensabele verlies van de dochter door de moeder gedragen en vormt slechts dit vermogensnadeel voor de moeder een verlies dat vatbaar voor aftrek hoort te zijn”.

3.3. *Tussenconclusie*

Waar het aankomt op de ratio of rechtvaardigingsgrond van de liquidatieverliesregeling en de voorkeur voor de forfaitaire benadering in het bijzonder, bestaat niet enkel in de literatuur verschil van mening, maar lijkt ook de wetgever op twee gedachten te hinken. In de uit hetzelfde parlementaire jaar daterende Kamerstukken lijkt op de ene plaats de wetgever de keuze voor het opgeofferde bedrag als een onvolmaakte maar praktische uitwerking te zien; op de andere plaats tevens als de theoretisch juiste.

De strekking van de keuze voor het opgeofferde bedrag blijft bij lezing van de parlementaire geschiedenis wat in nevelen gehuld. Menen wij een aan de liquidatieverliesregeling ten grondslag liggende gedachte te kunnen ontwaren, dan is het dat verliezen zo veel mogelijk behoren te worden vergolden (zie § 2.2). Naar onze mening gaat het de wetgever derhalve niet zozeer om het verlies dat de moeder lijdt, maar om het feit dat de deelneming de mogelijkheid tot zelfstandige verliescompensatie ten gevolge van haar liquidatie wordt ontnomen. In dit licht lijkt het logisch om alsdan in voorkomende gevallen aan te sluiten bij de daadwerkelijk geleden verliezen. De in § 3.1 weergegeven opvatting van Van der Geld achten wij daarom betwistbaar; zij laat zich althans niet staven door de uitlatingen van de wetgever zelf. Wel dient te worden bezien, of de ene of andere methode kan leiden tot klaarblijkelijk onredelijke uitkomsten. Daarvan kan onzes inziens sprake zijn indien zich als gevolg van (onbeperkte) verliesoverheveling, dubbele verliesverrekening voordoet (zie § 5 hierna).

40 N.H. de Vries, ‘Enkele kanttekeningen bij de kritiek op het initiatief-wetsvoorstel-Vermeend inzake de reparatie van de deelnemingsvrijstelling’, in: L.W. Sillevius e.a. (red.), *Leids Fiscaal Jaarboek* 1987. Fiscaal ondernemingsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 202-207.

4. Houdbaarheid van de forfaitaire benadering in het licht van latere ontwikkelingen

Hiervoor in § 3.1 en § 3.2 stelden wij reeds de vraag, of de ruim 50 jaar geleden gesignaleerde – wat krachteloos naar voren gebrachte – bezwaren nog aanwezig moeten worden geacht. Deze vraag dringt zich temeer op, nu de onlangs geïntroduceerde regeling voor de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vaste inrichtingen in art. 15i van de wet een faciliteit kent die bij de feitelijk geleden verliezen aansluit.⁴¹ Hoe laat deze discrepantie ten opzichte van de liquidatieverliesregeling zich verklaren? Zou de weging van de praktische bezwaren die de wetgever destijds zag, thans anders kunnen uitvallen?

4.1. *Stakingsverliezen in de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten*

Sinds 1 januari 2012 is de zogenaamde objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten in werking getreden. Deze objectvrijstelling, geregeld in de artikelen 15e tot en met 15j van de wet, brengt – kort gezegd – mee dat aan buitenlandse vaste inrichtingen toerekenbare positieve en negatieve bedragen van de winst, in mindering komen op de (wereld)winst van de belastingplichtige. Indien sprake is van verliezen op het niveau van de vaste inrichting, betekent dit een verhoging van de winst van de belastingplichtige. Oftewel: vaste inrichtingsverliezen komen niet langer in aftrek. De objectvrijstelling kent in art. 15i van de wet niettemin een bepaling die, evenals de liquidatieverliesregeling, tot uitgangspunt heeft dat definitieve verliezen van de buitenlandse vaste inrichting op enigerlei wijze voor verrekening in aanmerking moeten komen. Onder definitieve verliezen dient in dit verband te worden verstaan: verliezen die onverrekenbaar worden doordat de activiteiten van de vaste inrichting in het desbetreffende land zijn gestaakt ('stakingsverliezen').⁴² Omdat een voor een vaste inrichting 'opgeofferd bedrag' zich moeilijk laat denken, sluit art. 15i van de wet aan bij het saldo van de daadwerkelijk met de vaste inrichting behaalde resultaten. Bij de bepaling van dit saldo dient evenwel rekening te worden gehouden met eventuele tegemoetkomingen in het vaste inrichtingsland. Is in het vestigingsland van de vaste inrichting op enige wijze rekening gehouden met (verliezen die mede hebben geleid tot) een negatief saldo, dan blijft de objectvrijstelling hierop van toepassing. Het vierde lid, onderdeel b, van art. 15i van de wet voegt daaraan nog toe dat de bewijslast ter zake van de aanwezigheid en omvang van een stakingsverlies op de belastingplichtige rust. "Het moet gaan om een gebleken stakingsverlies", aldus de memorie van toelichting.⁴³ "Onduidelijk" blijft volgens de redactie van Vakstudie Nieuws evenwel, "hoe in dit verband moet worden omgegaan met de goed denkbare mismatches tussen de verliezen, zoals berekend naar

41 Weliswaar in een geheel andere vorm, waarbij alle verliezen – voor zover daarvoor generlei voorkoming is verleend – en winsten dienen te worden gesaldeerd.

42 En niet binnen drie jaar worden voortgezet, zie art. 15i lid 3 van de wet.

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 102.

Nederlandse maatstaven en de verliezen zoals berekend naar maatstaven van het land van de buitenlandse onderneming”.⁴⁴

Praktische bezwaren die de kop opsteken wanneer men zich inlaat met uitheemse maatstaven van verliesbepaling mogen voor de wetgever, anders dan voorheen, dan weliswaar geen belemmering meer vormen, maar vooralsnog is het onduidelijk, hoe daarmee moet worden omgegaan. Bedacht moet worden dat de stakingsverliesregeling haar bestaan en vormgeving (vermoedelijk) hoofdzakelijk dankt aan de door het HvJ EU aan een objectvrijstelling gestelde eisen.⁴⁵ De wetgever heeft de praktische hobbels dan maar voor lief genomen, vermoeden wij.

4.2. *Liquidatieverlies in EU-rechtelijke context*

Niet toevallig dook de hiervoor in § 3.2 weergegeven opvatting van De Vries weer op in de parlementaire annalen toen de Staatssecretaris van Financiën zich moest uitlaten over de verenigbaarheid van de liquidatieverliesregeling met het arrest *Marks & Spencer*.⁴⁶ In dit arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat het EU-recht niet in de weg staat aan een wettelijke regeling, “volgens welke het voor een ingezeten moedervernootschap (...) niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervernootschap af te trekken”.⁴⁷ Het is evenwel strijdig met het EU-recht, zo vervolgt het HvJ EU, “om de ingezeten moedervernootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervernootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput (...) en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervernootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend”.⁴⁸ In dat opzicht is de vraag of de liquidatieverliesregeling die een ‘forfaitaire benadering’ behelst (zie § 3.1) niet te beperkt is. In de literatuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Van Sonderen en Kok wijzen erop dat het liquidatieverlies slechts bij toeval zal overeenkomen met het door de dochtermaatschappij werkelijk geleden verlies.⁴⁹ Als de buitenlandse verliezen de verliesneming die is gebaseerd op het opgeofferde bedrag overtreffen, voldoet Nederland niet aan zijn EU-rechtelijke verplichtingen, zo menen zij. De Staatssecretaris volhardt echter in het standpunt dat de gekozen vormgeving⁵⁰ van de liquidatieverliesregeling verenigbaar is met het EU-recht.⁵¹ De Nederlandse liquidatieverliesregeling biedt volgens de Staatssecretaris voldoende mogelijkheid voor overheveling van buitenlandse verliezen.⁵² Een Nederlandse moedermaatschappij hoeft niet

⁴⁴ *V-N* 2012/46A.4, p. 157.

⁴⁵ Vgl. A.J.A. Stevens, ‘De objectvrijstelling’, *NTFR-B* 2012/4, § 2.

⁴⁶ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03, *V-N* 2005/60.15.

⁴⁷ Aldus r.o. 59 van het arrest.

⁴⁸ Zie vorige voetnoot.

⁴⁹ J.C.M. van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, ‘Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties’, *MBB* 2006/293, p. 298-300.

⁵⁰ Met uitzondering van de (inmiddels vervallen) 25%-eis voor buitenlandse deelneming.

⁵¹ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 7.

⁵² Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 107, nr. 9, p. 22-23.

de ‘daadwerkelijke verliezen van de buitenlandse dochtermaatschappij in aanmerking te nemen’, aldus de Staatssecretaris.⁵³ Onzes inziens impliceert hij daarmee dat bij liquidatie een onderscheid tussen een vaste inrichting en een deelneming (vgl. § 4.1) gerechtvaardigd is. Dat terwijl de wetgever van meet af aan heeft beoogd een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen tot stand te brengen.^{54,55}

Slechts in een aantal andere EU-landen doen zich de vorengenoemde problemen niet, althans niet geheel, voor.⁵⁶ In Denemarken, Italië, Letland, Litouwen, Oostenrijk en Zweden kunnen buitenlandse (dochter)verliezen, los van de vraag of het gaat om liquidatieverliezen, door een moedervennootschap in aanmerking worden genomen.⁵⁷ Het verschil in behandeling van (liquidatie)verliezen in verschillende EU-landen is niet bevorderlijk voor de Europese interne markt.⁵⁸ Een geharmoniseerde (liquidatie) verliesregeling in de EU⁵⁹ is dan ook – voor Nederland – wenselijk, zo vinden wij.

4.3. *Tussenconclusie*

Tot voor kort was het in Nederland mogelijk de verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen onmiddellijk te verrekenen met de winsten van de (Nederlandse) belastingplichtige. Onder de (nieuwe) objectvrijstelling zijn de vaste inrichtingsverliezen niet meer aftrekbaar. Daarop bestaat één uitzondering, namelijk het stakingsverlies. Bij de vaststelling van dat verlies wordt, volgens ons in het voetspoor van door het HvJ EU gestelde eisen, uitgegaan van het saldo van de daadwerkelijk met de vaste inrichting behaalde resultaten. Bij de (huidige) liquidatieverliesregeling met de ‘forfaitaire benadering’ is dat anders. Een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen, zoals de wetgever beoogt, ontbreekt daardoor.

5. **Voorstel: keuzeregeling voor liquidatieverliezen**

Uit het voorgaande is genoegzaam duidelijk geworden dat er in de praktijk geen verband bestaat tussen het bij de deelneming bij liquidatie onverrekenend gebleven verlies en de hoogte van het bij de moedermaatschappij in aanmerking te nemen

⁵³ Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 4, p. 25-26.

⁵⁴ Voor een nadere uiteenzetting op dit punt verwijzen wij naar: J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 189-191.

⁵⁵ Deze gelijkstelling wordt door het HvJ EU in beginsel niet nagestreefd. Volgens Kiegebeld legt het HvJ EU “een zelfstandige toets aan voor zowel vaste inrichtingen als deelnemingen, waarbij definitief geleden verliezen altijd in aftrek moeten kunnen worden gebracht” (zie M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’, *WFR* 2011/1592, § 3.2.1).

⁵⁶ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student edition), zesde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 567-568.

⁵⁷ Reinout Kok, ‘Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union’, *Intertax*, volume 38, Issue 12, p. 670-671.

⁵⁸ Art. 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Concreet betekent dit afschaffing van alle kwantitatieve beperkingen of maatregelen van gelijke werking. Zie o.a. http://www.europadecentraal.nl/menu/463/Interne_markt.html.

⁵⁹ Vgl. J.A.R. van Eijssden, J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik (red.), *Common Consolidated Corporate Tax base* (CCCTB), Deventer: Kluwer 2011, p. 255.

liquidatieverlies. Mede omdat de hoogte van het liquidatieverlies vrij gemakkelijk te beïnvloeden is, kan gerust worden gezegd dat de liquidatieverliesregeling, zoals die in de artikelen 13d en 13e van de wet is opgenomen, niet alleen willekeurig werkt, maar “met het verschijnsel verliescompensatie (...) weinig te maken [heeft]”.⁶⁰

In de literatuur is, zo valt te begrijpen, onvrede geuit over de huidige regeling. Daarbij is het niet gebleven; er zijn in de loop van de tijd alternatieven voorgesteld. Zo heeft Zwemmer betoogd, dat er pas reden is in deelnemingsverhoudingen een verlies te aanvaarden, als het (gemiddeld op de aandelen) gestorte kapitaal wordt aangetast, “aangezien dan door derden aan de deelneming beschikbaar gestelde bedragen verloren gaan”.⁶¹ De vraag is wel of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de ratio van de regeling die immers is gelegen in de omstandigheid dat de deelneming zelf na liquidatie niet in staat is haar verliezen te compenseren. Een regeling die inhoudt dat de moedermaatschappij het ongecompenseerde verlies op enigerlei wijze zou kunnen aanwenden, past – als gezegd – naar onze mening beter bij de grondslag van de regeling en de in § 4 geschetste ontwikkelingen. Een dergelijk systeem komt neer op een vorm van verliesoverheveling. Op het moment dat het verlies van de deelneming definitief onverrekenbaar blijkt te zijn, zou de moedermaatschappij dat verlies moeten kunnen verrekenen.⁶² Deze verrekening zou evenwel niet onbeperkt moeten zijn. Aangewezen is dat slechts verliezen die worden geleden gedurende de periode dat de moeder de aandelen in de deelneming houdt, voor overheveling in aanmerking komen. Dat voorkomt handel in verlies. Ook is het zaak een andere beperking aan te brengen: als de moeder de gevolgen van een niet door de dochter te verrekenen verlies al op een andere manier in aanmerking heeft genomen, is verliesverrekening niet op haar plaats. Dat is bijvoorbeeld het geval indien en voor zover het verlies dat de dochter heeft geleden al bij de moeder tot uitdrukking is gekomen, bijvoorbeeld in een – ten laste van het resultaat gebrachte – afwaardering van een vordering op de deelneming. Deze gedachte volgend, zou de aanpassing van de deelnemingsvrijstelling zo vorm gegeven kunnen worden dat de huidige liquidatieverliesregeling ongewijzigd blijft, maar enkel wordt aangevuld met een bepaling die de belastingplichtige de keuze biedt om – in plaats van het reguliere liquidatieverlies – het onverrekend gebleven verlies van het lichaam waarin wordt deelgenomen in aftrek te brengen, als dat tenminste kan worden aangetoond. Daartoe zou art. 13d van de wet met een ‘nieuw negende lid’ kunnen worden uitgerust,⁶³ waarvan de tekst als volgt zou kunnen luiden:

9. Indien de belastingplichtige daarom verzoekt wordt het opgeofferde bedrag verhoogd met de verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, voor zover zij het opgeofferde bedrag overtreffen en voor zover zij in evenredige verhouding staan tot de omvang van de deelname van de belastingplichtige in dat lichaam, mits:
 - a. de verliezen zijn geleden gedurende de periode dat de deelneming of een gedeelte daarvan werd gehouden door de belastingplichtige;
 - b. de omvang van de verliezen is gebleken.

60 Aldus J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 62.

61 J.W. Zwemmer, a.w., § 14.5.

62 J.F.M. Giele, ‘Verliezen met een deelneming’, *MBB* september 1968, p. 166 e.v.

63 Het huidige lid 9 wijzigt in lid 10 en zo verder.

De in de eerste volzin bedoelde verhoging blijft achterwege voor zover de verliezen middellijk tot uitdrukking zijn gekomen bij de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, daaronder begrepen verliezen die tot uitdrukking zijn gekomen als gevolg van de afwaardering van een schuldvordering ten laste van de belastbare winst van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, voor zover met betrekking tot die schuldvordering niet reeds een bedrag op de grond van deze wet tot de winst van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam is gerekend.

Uit de redactie van de voorgestelde bepaling volgt, dat wij ervoor hebben gekozen om het opgeofferde bedrag slechts te verhogen voor zover de verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, dat bedrag overtreffen. Deze ‘techniek’ leidt er onder meer toe dat het opgeofferde bedrag een functie blijft vervullen in de berekening van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies. Dit verlies wordt (dus) gesteld op het bedrag waarmee het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag het totaal van de liquidatie-uitkeringen overtreft (art. 13d lid 2 van de wet).

6. Tot besluit

Het is duidelijk dat op de liquidatieverliesregeling zoals zij binnen het systeem van de deelnemingsvrijstelling is opgetrokken, het nodige is aan te merken. In deze bijdrage hebben wij de verleiding weerstaan om in te gaan op de – doorgaans technische – toepassing van de regeling en de knelpunten die zich daarbij kunnen voordoen. Wij zijn teruggekeerd naar de oorsprong van de regeling en hebben getracht om de ratio ervan uit het weerbarstige gesteente dat het verleden is, te beitel. Aan de hand van de ratio of rechtvaardigingsgrond van de liquidatieverliesregeling hebben wij onderzocht of de door de wetgever gekozen vormgeving en de daarbij gemaakte afwegingen thans nog steeds houdbaar zijn. Wij zijn tot de conclusie gekomen dat dat niet het geval is en hebben een voorstel tot wijziging van de huidige regeling gedaan. Ons voorstel houdt, kort gezegd, in dat de in de wet neergelegde forfaitaire benadering op instigatie van de belastingplichtige kan worden ingeruild voor een regeling die het – ook in buitenlandse verhoudingen – mogelijk maakt om de daadwerkelijk door de deelneming geleden definitieve verliezen op het niveau van het deelnemende lichaam in aanmerking te nemen.

IBO-arbitrage als muze voor vervolledigen rechtsbescherming onder Nederlandse belastingverdragen

mr. L.J. de Heer¹

1. Introductie

Grensoverschrijdende investeringen en activiteiten hangen onmiskenbaar samen met de verregaande globalisatie en harmonisatie die de wereldeconomie de afgelopen decennia hebben hervormd. Voor de open Nederlandse economie, waar zowel Nederlandse bedrijven de blik op het buitenland richten, als buitenlandse investeringen mogen worden verwelkomd, is het zo adequaat mogelijk faciliteren van dergelijke activiteiten van het grootste belang. Het is dan ook niet zonder reden dat Nederland over een vermaard netwerk aan belastingverdragen beschikt. Deze belastingverdragen voorkomen in veel gevallen dubbele belastingheffing en zijn een van de voornaamste pijlers van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Hoewel de kracht van de Nederlandse belastingverdragen veel geroemd is, kan op de rechtsbescherming zoals die onder deze verdragen is geregeld het nodige worden afgedongen. In tegenstelling tot andere verdragen die grensoverschrijdende investeringen trachten te bevorderen, zoals investeringsbeschermingsovereenkomsten (hierna: 'IBO's'), is het doorgaans niet mogelijk voor de belastingplichtige om overheids-handelen dat mogelijkwerijs in strijd is met verdragsverplichtingen, voor te leggen aan een onafhankelijk arbitrage-tribunaal. De Nederlandse belastingverdragen zijn hierin geen uitzondering. Het OESO-Modelverdrag voorziet namelijk niet in een ongeclausuleerde arbitragemogelijkheid. Dat is een nijpende tekortkoming, aangezien de meeste landen, waaronder Nederland, zich baseren op dit modelverdrag. In deze bijdrage onderzoek ik de tekortkomingen in rechtsbescherming onder het OESO-Modelverdrag. Daar laat ik het echter niet bij; ik duid tevens de voordelen van de arbitrage zoals zij zich heeft ontwikkeld onder IBO's, hopende dat de IBO-arbitrage als muze kan dienen voor een meer omvangrijke rechtsbescherming onder belastingverdragen dan thans wordt geboden. Een kleine waarschuwing is op haar plaats. Immers, de lezer die in deze bijdrage een diepgravende analyse en alomvattende oplossing verwacht, komt waarschijnlijk bedrogen uit. Deze beschouwing heeft slechts een signaleringskarakter.

¹ Lucas de Heer is als promovendus verbonden aan de vakgroep fiscaal recht van de Vrije Universiteit. Zijn onderzoek richt zich op de fiscale aspecten van investeringsverdragen. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co te Amstelveen.

2. Fiscale geschillen onder een belastingverdrag

Belastingverdragen beogen niet alleen dubbele belasting te vermijden,² ook trachten zij fiscale discriminatie te voorkomen.³ Het daadwerkelijk realiseren van deze verdragsrechten is afhankelijk van het handelen van de verdragsstaten. De nationale wetgever dient te voorzien in een functionerend fiscaal regime en de nationale fiscale autoriteit zal zoveel mogelijk zorgen dat haar handelen in overeenstemming is met haar verdragsverplichtingen. Indien dit niet het geval is, kan de getroffen belastingplichtige via de nationale rechter alsnog trachten haar rechten af te dwingen. Op deze manier zal een juiste, dubbele belasting voorkomende verdragstoepassing doorgaans gewaarborgd zijn.

Echter, fiscale autoriteiten noch nationale rechters zijn gebonden aan de verdragstoepassing door hun wederpartij in de andere verdragsstaat. Als gevolg hiervan kunnen tegengestelde interpretaties van verdragstermen en feiten optreden.⁴ De meest gezaghebbende leidraad voor verdragsinterpretatie, het OESO-Modelverdrag, slaagt er niet in dergelijke discussies te voorkomen.⁵ Bovendien is haar juridische status al jarenlang onderwerp van hevige academische discussie.⁶ Daarnaast ontbreekt een overkoepelende internationaalrechtelijke macht die eenheid van interpretatie en uitvoering kan creëren.⁷

Een groot deel van fiscale geschillen onder een belastingverdrag – zowel tussen staten onderling als tussen belastingbetalers en staten – wordt gevormd door verrekenningsproblematiek.⁸ Er zijn echter tal van andere fiscale problemen die kunnen leiden tot onenigheid tussen de verdragspartners of tussen een staat en de belastingplichtige, zoals een geschil over woon- of vestigingsplaats of het vaststellen van de aanwezigheid van een vaste inrichting. Daarnaast kan onenigheid ontstaan over de kwalificatie en ontstaansbron van inkomen en over de interpretatie van verdragstermen.⁹ Dergelijke geschillen ontstaan in beginsel door een verschil van duiding in de feiten en verdragstermen, soms door invloed van nationaal recht.¹⁰ Het Ministerie

² Introductie OESO-Modelverdrag en art. 23 van het genoemde verdrag.

³ Art. 24 OESO-Modelverdrag.

⁴ M. Züger, 'Settlement of Disputes in Tax Treaty Law – General Report', in M. Lang & M. Züger (red.), *Settlement of Disputes in Tax Treaty Law*, Wenen: Linde Verlag Wien 2002, p. 17.

⁵ Zie F.P.G. Pötgens & L.J. de Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijk effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010/1024.

⁶ Zie bijvoorbeeld S. Douma & F. Engelen (red.), *The Legal Status of the OECD Commentaries, Conflict of Norms in International Tax Law Series* (Vol.1), Amsterdam: IBFD 2008.

⁷ Het Internationaal Gerechtshof te Den Haag heeft formeel jurisdictie over belastingverdragen. Het Internationaal Gerechtshof kan zich echter alleen uitspreken in een internationaal publiekrechtelijk geschil, dat wil zeggen een geschil tussen twee staten, hetgeen tot op heden nog niet is voorgekomen onder een belastingverdrag. Zie hiervoor ook L.J. de Heer, leerstuk verdragsinterpretatie, NDFR encyclopedie internationaal belastingrecht.

⁸ Report To The Congress On Earning Stripping, Transfer Pricing And Us Income Tax Treaties, raadpleegbaar op: <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/aica2007.pdf>.

⁹ C. Burnett, International Tax Arbitration, Legal Studies Research Paper No. 08/31, April 2008, Social Science Research Network Electronic Library, raadpleegbaar op: <http://ssrn.com/abstract=1120122>, M. Desax & M. Veit, Arbitration of Tax Treaty Disputes: the OECD Proposal, Arbitration International, Vol. 23, No. 3, p. 405, United Nations, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Guide to the mutual agreement procedure under tax treaties, E/C.18/2010/CRP.2/Add.1, 8 oktober 2010, p. 5.

¹⁰ M. Züger, a.w., p. 17.

van Financiën noemt een aantal typische situaties, zoals het geval waarin belastingplichtige een tijd in het buitenland heeft gewerkt en beide Staten menen een heffingsrecht te hebben of kwalificatieverschillen van een rechtspersoon of van gegenereerd inkomen.¹¹

Deze geschillen kunnen wanneer zij onopgelost blijven, leiden tot dubbele belastingheffing, hetgeen doel en strekking van een belastingverdrag logischerwijs ondermijnd.¹²

3. **Rechtsbescherming onder de Nederlandse belastingverdragen: de mutual agreement procedure**

De mutual agreement procedure

De Nederlandse belastingverdragen zijn geschoeid op de leest van het OESO-Modelverdrag.

Indien een belastingplichtige van mening is dat het handelen van een of beide verdragspartners leidt of zal leiden tot belastingheffing die niet in overeenstemming is met het verdrag, kan artikel 25 van het OESO-Modelverdrag soelaas bieden. Het eerste lid van art. 25 verleent in dat geval de belastingplichtige de mogelijkheid zijn zaak voor te leggen aan de bevoegde autoriteit van het woon- of vestigingsland. Indien nodig, zal de bevoegde autoriteit in overleg treden met zijn 'wederpartij' in de andere verdragsstaat. Deze overlegprocedure heet de Mutual Agreement Procedure (hierna: 'MAP'). Alle Nederlandse belastingverdragen bevatten een bepaling die een MAP mogelijk maakt.¹³

Doel van de MAP is een geharmoniseerde toepassing van het belastingverdrag door beide betrokken verdragspartners.¹⁴ Doordat de verdragspartners in overleg treden over zowel de interpretatie van verdragstermen als het individuele feitencomplex, zou een uniforme verdragstoepassing gerealiseerd kunnen worden.¹⁵ Het OESO-Modelverdrag voorziet niet in een vaste juridische infrastructuur voor de MAP.¹⁶ Het zal aan de verdragsstaten zijn om een kader overeen te komen.¹⁷ De belastingplichtige heeft, behalve de mogelijkheid een MAP te instigeren, geen rechten tijdens de procedure. De getroffen belastingplichtige kan de uitkomst van de MAP aannemen of verwerpen. In dat laatste geval zal hij dan de gang naar de nationale rechter maken, zo deze mogelijkheid nog openstaat.¹⁸

11 Ministerie van Financiën, besluit van 29 september 2008, IFZ2008/ 248M, *Stert.* nr. 188.

12 In deze bijdrage versta ik onder 'rechtsbescherming' de mogelijkheid voor de belastingplichtige om een oplossing voor deze problematiek te bewerkstelligen, en daarmee dubbele belastingheffing te voorkomen.

13 Ministerie van Financiën, a.w.

14 G. Groen, 'Arbitration in Bilateral Tax Treaties', *Intertax*, Vol. 30, 2002, p. 5.

15 K. Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991, p. 1161 e.v.

16 Wel heeft de OESO een MAP-handleiding gepubliceerd: Centre for Tax Policy and Administration, Manual On Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP), OESO, Parijs, februari 2007.

17 Nederland heeft een besluit gepubliceerd: IFZ2008/248M.

18 Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, a.w., p. 28.

De MAP heeft een aantal nuttige kenmerken. Zo zijn de kosten voor de belastingplichtige in beginsel beperkt. Daarnaast wordt bepleit dat de goede, diplomatieke sfeer en aanwezige kennis bij de verdragslanden vaak kan leiden tot een bevredigende uitkomst.¹⁹

Van vrijblijvend overleg naar verplichte uitkomst onder dwang van arbitrage

Tot 2008 was de MAP onder art. 25 van het OESO-Modelverdrag een vrijblijvende aangelegenheid, aangezien staten niet verplicht waren om tot overeenstemming te komen. Nadat de OESO in 2008 een arbitragemogelijkheid opnam in art. 25, werd de MAP ontdaan van deze vrijblijvendheid. Overigens bestonden ook voor 2008, mede door Nederland afgesloten, belastingverdragen waarin een arbitragemogelijkheid was opgenomen.²⁰ Nederland heeft zich hiermee een pionier getoond op het gebied van arbitragebepalingen.²¹

Indien de MAP gedurende twee jaar zonder vrucht blijft, zijn de verdragsstaten, ingevolge art. 25 lid 5 OESO-Modelverdrag, verplicht om de punten van twist voor te leggen aan een arbitragecommissie, zo de belastingplichtige zulks verzoekt. Deze arbitragecommissie zal vervolgens tot een uitspraak komen. Overigens rust er geen verplichting op de bevoegde autoriteiten om tot een beslissing te komen die effectief rendeert in het voorkomen van de (gestelde) dubbele belasting. Indien de autoriteiten tijdens de MAP elkaar kunnen vinden in het vermeende ongelijk van de belastingplichtige, kwalificeert dit óók als uitkomst. Nederland was een van de landen die zich sterk maakten voor deze arbitragebepaling²² en streeft nu dan ook naar opname van een OESO-Modelverdragconforme arbitragebepaling in alle nieuwe belastingverdragen.²³

4. Tekortkomingen in de MAP

Hoewel de belangrijkste leemte in MAP – de vrijblijvendheid van de procedure – gedicht lijkt met de introductie van de arbitragebepaling, verschaft het nog allerminst waterdichte rechtsbescherming, niet in de laatste plaats doordat de geïntroduceerde MAP-arbitrage onvoldoende adequaat is.

Het grootste euvel van de gehele MAP, dus inclusief de arbitrage, is de zeer beperkte rol van de belastingplichtige. Een ander punt van zorg is de non-existentie van procedurele rechten voor de belastingplichtige. Weliswaar heeft de belastingplichtige het recht om een MAP aan te vragen, het daadwerkelijk initiëren en het verdere

¹⁹ C. Burnett, a.w., p. 176.

²⁰ Zoals de verdragen met de Verenigde Staten (1992), Egypte (1995) en Rusland (1997).

²¹ In deze bijdrage abstraheer ik van arbitragemogelijkheden onder het EU-arbitrageverdrag voor verrekenningsproblematiek (Verdrag van 23 juli 1990, 90/436/EEG).

²² H. Velthuisen, 'Arbitrage in Nederlandse belastingverdragen', *WFR* 2002/435.

²³ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid, a.w., p. 66.

procedureverloop bevinden zich buiten zijn invloedssfeer.²⁴ De mogelijkheid bestaat dat een hoffelijke²⁵ bevoegde autoriteit de belastingplichtige op de hoogte houdt van het verloop de procedure of zelfs de mogelijkheid biedt zijn zienswijze kenbaar te maken in gesproken of geschreven woord. Deze handreikingen van de bevoegde autoriteit laten onverlet dat de belastingplichtige geen enkel procedureel recht heeft.²⁶ In mijn ogen is het principieel onacceptabel dat een internationaal instrument bepaalde rechten verleent aan de belastingplichtige, en indien deze rechten – *prima facie* – niet worden nagekomen, de getroffen belastingplichtige niet de mogelijkheid heeft om zelfstandig de effectuering van deze rechten na te jagen.

Een andere tekortkoming is de geschilgrondslag waarover de arbitragecommissie zich mag buigen. Niet de gehele casus, maar slechts de elementen waarover de bevoegde autoriteiten geen overeenstemming konden bereiken, worden voorgelegd aan de arbitragecommissie. Eerdere kwesties die reeds door de bevoegde autoriteiten zijn afgehamerd, kunnen niet worden heropend door de arbiters. Indien de bevoegde autoriteiten op een bepaald punt tot overeenstemming komen dat zij zich niet kunnen vinden in de door de belastingplichtige geponeerde argumenten, dan zal dit punt ondanks de onbevredigende uitkomst voor de belastingplichtige niet kunnen worden voorgelegd aan de arbitragecommissie.²⁷ De OESO heeft te kennen gegeven dat de beperkte arbitragegrondslag wordt gerechtvaardigd door het karakter van de arbitrage: de arbitragemogelijkheid is namelijk slechts onderdeel, te weten het mogelijke sluitstuk, van de MAP.²⁸ De beperkte arbitragegrondslag onder een belastingverdrag vormt het grote verschil ten opzichte van arbitrage onder investeringsverdragen, zoals ik hieronder nog uiteen zal zetten.

Hoewel de tekst van het OESO-Modelverdrag geen duidelijkheid biedt, wordt aangenomen dat er uit de verdragstekst geen verplichting kan worden geëxtraheerd die de bevoegde autoriteit na het verzoek van de belastingplichtige dwingt daadwerkelijk over te gaan tot een MAP.²⁹ Zo wordt ook in Nederland aangenomen dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Zo kan het Ministerie van Financiën een beroep op de MAP afwijzen, bijvoorbeeld ingeval de belastingplichtige onvoldoende informatie aanlevert, wanneer de interpretatie van de belastingplichtige anders is dan de interpretatie van de belastingautoriteiten van de woonstaat, of bij een vermoeden van fraude door de belastingplichtige.³⁰ Daarnaast ontbreekt de mogelijkheid voor

24 Zie bijvoorbeeld I. Bantekas, *The Mutual Agreement Procedure and the Arbitration of Double Taxation Disputes*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), Bogotá, Vol. 1, nr. 1, 2008.

25 In IFZ 2008/248M stelt de Staatssecretaris van Financiën dat Nederland er naar streeft de belastingplichtige gedurende de gehele procedure zo goed mogelijk en zo volledig mogelijk te informeren. Daarnaast wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met de visie van de belastingplichtige, die hij eventueel mondeling kan toelichten.

26 M. Desax & M. Veit, a.w., p. 410.

27 Vergelijk M. Desax & M. Veit, a.w., p. 412.

28 OESO-rapport, *Improving The Resolution Of Tax Treaty Disputes*, 30 januari 2007, p. 4.

29 E. Farah, 'Mandatory Arbitration Of International Tax Disputes: A Solution In Search Of A Problem', *Florida Tax Review*, Vol. 9, No. 8, 2009, p. 23.

30 Zie A.J. Bakker, 'Verbetering van de mutual-agreementprocedure noodzakelijk?', *WFR* 2003/1537; M. Züger, 'Conflict Resolution in Tax Treaty Law', *International Tax Review* 2002/30, nr. 10, p. 343 en Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, a.w., p. 22.

de belastingplichtige een MAP via andere wegen af te dwingen.³¹ Betoogd is dan ook dat de MAP de gelijkenis vertoont met de slager die het eigen vlees keurt.³² Immers, het is aan het ene overheidsorgaan om het andere, nauw verbonden, overheidsorgaan te beoordelen.

Nadat de arbitragebepaling werd geïntroduceerd, is in de literatuur gesignaleerd dat de blokkadebevoegdheid van de bevoegde autoriteit ook kan verhinderen dat een bepaalde kwestie de arbitragecommissie bereikt. Farah noemt het voorbeeld van een belastingplichtige die belastingheffing signaleert die niet in overeenstemming is met het verdrag. Vervolgens roept hij door middel van een MAP-verzoek de hulp in van de bevoegde instantie. Veronderstel vervolgens dat de bevoegde autoriteit niet voornemens is een ongewenste uitspraak van de arbitragecommissie te riskeren. In dat geval bestaat het risico dat de bevoegde autoriteit de MAP niet op zal starten, een beslissing waar de belastingplichtige het “mee moet doen”.³³

Een laatste tekortkoming³⁴ in de MAP die ik in deze bijdrage wil benoemen is het gebrek aan een volledig onafhankelijke arbitragecommissie. De arbiters worden namelijk benoemd door de bevoegde autoriteiten zelf. Iedere autoriteit mag een arbiter benoemen, waarna beide arbiters een derde arbiter uitnodigen hen te vergezellen in het arbitrageproces.³⁵ Deze benoemingsprocedure draagt, op zijn minst, niet bij aan het onafhankelijke image van de arbitragecommissie.

5. Rechtsbescherming onder IBO's

De eerste (bilaterale) investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO) werd in 1959 gesloten tussen Duitsland en Pakistan.³⁶ Inmiddels telt het huidige netwerk van verdragen echter reeds meer dan 2600³⁷ bilaterale verdragen en daarnaast een groot aantal multilaterale investeringsverdragen. Veel landen kennen hun eigen modeltekst, waaronder Nederland.³⁸ Tevens liggen binnen meeromvattende overeenkomsten bepalingen besloten die hetzelfde karakter kennen als een IBO.³⁹ Hoewel de verdragen dus onderling kunnen verschillen, kennen zij eenzelfde structuur waarbinnen

31 E. Velthuisen, 'Settlement of Disputes in Dutch Tax Treaty Law', in: Lang & Züger, a.w., p. 158.

32 Vergelijk M. Züger, a.w., p. 19.

33 E. Farah, a.w., p. 26.

34 In de literatuur worden meer onvolkomenheden gesignaleerd, zoals gebrek aan transparantie en mogelijk 'koehandel'. Zie bijvoorbeeld C. Burnett, a.w. en M. Züger, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD Doctoral Series, 2001, p. 15.

35 OESO, a.w., p. 13.

36 J.W. Salacuse, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 Int'l L. 655 (1990).

37 United Nations Conference On Trade And Development, Recent Developments in International Investment Agreements (2008–June 2009), IIA Monitor No. 3 (2009).

38 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/documenten-en-publicaties/convenanten/2004/08/27/ibo-modelovereenkomst.html>.

39 Zie bijvoorbeeld de North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, (van kracht sinds 1 januari 1994), hfdst. 6 van de China- Singapore Comprehensive Economic Co-operation Agreement (2005) en hfdst. 11 van de China-New Zealand Free Trade Agreement (2008).

investerings met behulp van vergelijkbare waarborgen gestimuleerd en beschermd worden.⁴⁰

IBO's bevatten een aantal materiële rechten, die beogen de investering (en investeerder) te beschermen en grensoverschrijdende investeringen aan te moedigen. Zo bevat een IBO doorgaans een onteigeningsverbod⁴¹, een recht op 'eerlijke en rechtvaardige' behandeling, recht op non-discriminatoire nationale behandeling en een meestbegunstigde clausule.⁴² Deze bepalingen garanderen bijvoorbeeld dat een investering niet wordt onteigend, en zo onteigening toch noodzakelijk is in het algemeen belang, een adequate schadevergoeding wordt toegekend. Daarnaast zal een verdragsstaat een investeerder uit de andere staat dezelfde gunstige behandeling moeten toekennen die het aan zijn eigen onderdanen verleent en een stabiel en voorspelbaar rechtssysteem moeten bieden.

Naast deze materiële rechten bieden IBO's procedurele rechten die het mogelijk maken de materiële rechten te realiseren. Dankzij de in een IBO gecreëerde procedurele infrastructuur, kan een zich benadeeld voelende partij direct, dus zonder tussenkomst van de overheid, zijn rechten afdwingen bij een speciaal daarvoor ingesteld arbitragetribunaal.⁴³ De belanghebbende partij houdt in een procedure onder een investeringsverdrag het heft volledig in eigen handen, van het instellen van een procedure tot aan de inhoudelijke behandeling.⁴⁴

Een IBO wijst zelf de instantie aan die bevoegd is om uitspraak te doen over investeringsgeschillen onder het betreffende verdrag. Het unieke aspect van deze vorm van arbitrage is het opheffen van de ongelijke verhouding tussen overheid en individu c.q. onderneming. Beiden zijn volwaardige en gelijke partijen gedurende de gehele arbitrageprocedure. Gangbaar is dat de partijen ieder een lid van het arbitragetribunaal aanwijzen, waarna de twee gekozen arbitrators een derde aanwijzen.⁴⁵ Op deze wijze kan een hoge mate van onafhankelijkheid worden gewaarborgd. De combinatie van een onafhankelijk tribunaal en gelijke procespositie leidt meer dan eens tot voor de betrokken staat pijnlijke en kostbare vonnissen (en effectuering van het vonnis⁴⁶). De praktijk leert dat veel investeerders zich bij het opzetten en in stand houden van een internationale activiteiten laten leiden door de aanwezigheid van een IBO. Indien een land niet voorziet in een geschikt IBO-netwerk, zullen investeerders mogelijkerwijs geneigd zijn hun investeringen via een ander land te structureren.

40 Zie ook L.J. de Heer & P.R.C. Kraan, Legal Protection in International Tax Disputes – How Investment Protection Agreements Address, *European Taxation*, Vol. 50, 2012/1, p. 3 e.v. Arbitration.

41 Art. 6 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

42 Art. 3 lid 2 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

43 Afhankelijk van de procedurele bepalingen in het betreffende investeringsverdrag kunnen wel bepaalde beperkingen bestaan ten aanzien van het instellen van arbitrage, zoals een verplichting tot het uitputten van lokale rechtsingangen.

44 Hannah L. Buxbaum, The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation, *Yale International Law Journal*, nr. 219(2001).

45 Zie bijvoorbeeld art. 12 Nederlandse IBO-Modelverdrag (2004).

46 Zo werd in juni 2011 het regeringsvliegtuig van de Thaise prins in Duitsland geconfisqueerd nadat de Thaise Staat weigerde een schadevergoeding te betalen die een Duitse onderneming was toegekend na een IBO-procedure. Zie: <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-pacific-14138273>.

Het belang dat investeerders aan IBO's hechten, laat zich mede verklaren door de sterke procedurele waarborgen, leidend tot een gelijk speelveld voor overheid en investeerder, alsmede de onafhankelijke arbitrage. Het Nederlandse IBO-netwerk is, evenals de belastingverdragen, veel geroemd. Zowel het aantal IBO's als de ruime reikwijdte, maken de Nederlandse IBO's tot een belangrijke pijler van het vestigingsklimaat.⁴⁷

6. Voordelen van IBO-arbitrage

De hierboven beschreven IBO-arbitrage heeft een aantal grote voordelen. Meest voornamelijk is de procedurele autonomie van de (naar eigen zeggen) gedupeerde investeerder. Hij kan zelf de zaak aanhangig maken⁴⁸ en hij kan zelf de grondslag van het voorgelegde geschil vaststellen. Daarnaast blijft hij gedurende de arbitrageprocedure een partij die op gelijke voet staat met de gedaagde staat. Het arbitragetribunaal garandeert een hoge mate van onafhankelijkheid, omdat het tribunaal niet wordt aangesteld door slechts één der partijen. IBO's incorporeren doorgaans de procedureregels van het International Centre for Settlement of Investment Disputes (hierna: 'ICSID'), een onderdeel van de Wereldbank en de uitspraken worden in veel gevallen gepubliceerd. Hoewel een verplichting van *stare decisis*⁴⁹ ontbreekt, verwijzen arbitragetribunalen consequent naar elkaars uitspraken. Hierdoor ontstaan "best practices", die duidelijkheid scheppen over de interpretatie van verdragsbepalingen. Een aantal van deze voordelen werd ook door de OESO al in 1984 gesignaleerd⁵⁰, evenals door de International Fiscal Association in 1993.⁵¹

7. Conclusie: *dulcis ante omni musae*

In deze bijdrage heb ik betoogd dat de rechtsbescherming onder Nederlandse belastingverdragen tekortschiet. Hoewel het OESO-Modelverdrag sinds 2008 een arbitragebepaling kent, is de rechtsbescherming naar mijn mening onvoldoende. Daarenboven is deze arbitragebepaling niet opgenomen in verdragen die vóór 2008 zijn gesloten, een aantal uitzonderingen daargelaten.

47 R. van Os & R. Knottnerus, 'Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection by Multinational Companies', 19 december 2011. Beschikbaar bij SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1974431>.

48 Onder bepaalde verdragen kan echter wel een 'filter' zijn opgenomen die arbitrage pas toestaat indien alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

49 El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, 27 april 2006 and International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Separate Opinion T. Wälde, 26 January 2006, par. 129 en G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse, Arbitration International, 2007.

50 C. Garbarino & M. Lombardo, 'Arbitration of unresolved issues in mutual agreement cases: the new paragraph 5, art. 25 OECD model convention, a multi-tiered dispute resolution clause', *Bocconi Legal Studies Research Paper* Nr. 1628765. Beschikbaar bij SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1628765>.

51 International Fiscal Association, 'Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration', 18th IFA Congress Seminar Series, 1993.

Ik heb een allusie gemaakt aan arbitrage onder IBO's, waar investeerders geschillen met een staat onder het vigerende verdrag aanhangig kunnen maken bij een onafhankelijk arbitragetribunaal. Naar mijn mening zouden belastingverdragen ook in een dergelijke arbitragemogelijkheid moeten voorzien. Een arbitragebepaling die de belastingplichtige in staat stelt om zelfstandig het gehele geschil voor te leggen aan een onafhankelijk tribunaal.

Uiteraard zal Nederland niet zelfstandig aan de in deze bijdrage genoemde bezwaren tegemoet kunnen komen. Wijziging van oude verdragen vereist instemming van de verdragspartner, en opname van een adequate arbitragebepaling in het OESO-Modelverdrag is een diplomatiek traject waarin vele landen als tegenstander een rol zullen opeisen. Nederland zou echter wel het voortouw kunnen nemen voor wijziging van het OESO-Modelverdrag, zoals het dat ook gedaan heeft bij opname van de huidige, beperkte arbitragebepaling. In Europees verband zou bijvoorbeeld analoog aan het arbitrageverdrag voor verrekenprijsgeschillen een arbitragemogelijkheid kunnen worden gecreëerd voor de in § 2 genoemde problematiek.

Er is in het verleden regelmatig bezwaar geuit tegen een (volledige) arbitragemogelijkheid onder belastingverdragen, waarbij met name het morrelen aan de fiscale autonomie wordt gevreesd.⁵² Dit lijkt mij echter onvoldoende om de huidige leemten in rechtsbescherming onder belastingverdragen te rechtvaardigen. Verdragssluitende staten committeren zich in een belastingverdrag aan bepaalde verplichtingen. Indien een juiste verdragstoepassing de fiscale autonomie van een staat inperkt, dan is dit niet meer dan een logisch gevolg van het betreffende verdrag. Nederland heeft zich bovendien in fiscale aangelegenheden al overgegeven aan supranationale rechtsmachten, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast kunnen ook fiscale maatregelen worden aangevochten onder een IBO.⁵³ Ik hoop dat er een moment komt dat IBO-arbitrage als muze inspireert tot het scheppen van een volledige arbitragemogelijkheid onder belastingverdragen. De tekortkomingen in rechtsbescherming onder belastingverdragen, die zich in volle omvang laten aanschouwen in het licht van deze IBO-arbitrage, zijn te fundamenteel om ongemoeid te laten.

⁵² Zie bijvoorbeeld W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, New York: Oxford University Press 2006, p. 349.

⁵³ L.J. de Heer & P.R.C. Kraan, a.w.

De standaardvoorwaarden voor de juridische fusie: van standaard naar maatwerk?

mr. R.R. van der Heide¹

1. Inleiding

Een internationaal concern is geen statische groep vennootschappen, maar vormt een dynamisch geheel. In het kader van externe overnames en interne reorganisaties vinden er binnen een concern doorgaans voortdurend verhangingen, fusies en splitsingen van vennootschappen plaats. Als men over het Nederlandse vestigingsklimaat spreekt, denkt men wellicht niet meteen aan de regelingen betreffende de fiscaal gefaciliteerde reorganisaties zoals deze in de Wet VPB 1969 zijn opgenomen voor de (bedrijfs)fusie en de splitsing. Deze regelingen in de Wet VPB 1969 zijn de Nederlandse implementatie van de Fusierichtlijn² en daarmee lijkt fiscaal ‘concurreren’ met andere lidstaten van de Europese Unie op het punt van de mogelijkheden voor fiscaal gefaciliteerde reorganisaties in beginsel niet mogelijk. Indien echter de samenloop van de implementatie van de bepalingen van de Fusierichtlijn betreffende de fiscaal gefaciliteerde reorganisaties in de nationale wet met de overige bepalingen in de nationale wet niet goed is uitgewerkt, kan dit wel degelijk een negatief effect hebben op het vestigingsklimaat. Een onvoldoende geregelde samenloop zou een fiscale belemmering kunnen betekenen voor het doorvoeren van een reorganisatie waarbij Nederlandse vennootschappen zijn betrokken en daarmee Nederland minder aantrekkelijk kunnen maken als vestigingsplaats.

Deze bijdrage richt zich in het bijzonder op de samenloop van de bepalingen in de Wet VPB 1969 betreffende de fiscaal gefaciliteerde juridische fusie met de overige bepalingen in de Wet VPB 1969 die relevant zijn voor de verkrijgende en verdwijnende rechtspersonen die zijn betrokken bij een fiscaal gefaciliteerde juridische fusie.

1 Ruben van der Heide is werkzaam bij PwC in Amsterdam en daarnaast verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2 Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

2. Wettelijk kader van de fiscaal gefacilieerde juridische fusie

De fiscale positie van aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen die als verdwijnende of verkrijgende rechtspersoon zijn betrokken bij een juridische fusie is geregeld in art. 14b Wet VPB 1969. Indien een juridische fusie voldoet aan de voorwaarden gesteld in art. 14b lid 2 Wet VPB 1969, kan deze zonder tussenkomst van de inspecteur fiscaal geruisloos plaatsvinden. Indien niet aan deze wettelijke eisen is voldaan, kan op basis van art. 14b lid 3 Wet VPB 1969 op gezamenlijk verzoek van de bij de fusie betrokken rechtspersonen een fiscaal gefacilieerde fusie plaatsvinden, waarbij de inspecteur nadere voorwaarden kan stellen.³ De Staatssecretaris van Financiën heeft in dit kader standaardvoorwaarden gepubliceerd die in beginsel door de inspecteur worden gesteld.⁴

De eerste standaardvoorwaarden die na de invoering van art. 14b Wet VPB 1969⁵ zijn gepubliceerd, waren opgenomen in het besluit van 8 juli 1998, nr. DB98/1507M. Bij de invoering van de Wet IB 2001 als gevolg waarvan art. 14b Wet VPB 1969 eveneens werd gewijzigd,⁶ is het besluit van 8 juli 1998, nr. DB98/1507M gewijzigd bij het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M (hierna: 'Besluit'). Sinds de publicatie van het Besluit is er een aantal bepalingen in de Wet VPB 1969 opgenomen waarbij in de wet geen nadere regels zijn opgenomen in geval van samenloop van deze bepalingen met die van de fiscaal gefacilieerde juridische fusie. Het gaat hier onder meer om de bepalingen betreffende de innovatiebox (art. 12b Wet VPB 1969) en de deelnemingsverrekening (Hoofdstuk VA Wet VPB 1969) die per 2007 in de wet zijn opgenomen⁷ en de per 1 januari 2012 ingevoerde bepalingen betreffende de objectvrijstelling bij en de verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten.⁸ Het Besluit voorziet dus niet meer in alle gevallen in standaardvoorwaarden voor de samenloop van de bepalingen voor de fiscaal gefacilieerde juridische fusie met de overige bepalingen in de Wet VPB 1969,⁹ terwijl in sommige gevallen zonder het stellen van nadere voorwaarden door middel van een fiscaal gefacilieerde juridische fusie de werking van deze bepalingen zou kunnen worden beperkt c.q. verruimd.¹⁰

3 Bij besluit van 25 februari 2002, nr. CPP2002/158M is aan de inspecteur de algemene toestemming gegeven om verzoeken voor de toepassing van art. 14b lid 3 Wet VPB 1969 af te doen.

4 In de inleiding van het besluit standaardvoorwaarden juridische fusie (besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M) wordt erop gewezen dat het algemene karakter van de voorwaarden in dit besluit met zich meebrengt dat de voorwaarden in bijzondere omstandigheden van het individuele geval aangevuld en/of gewijzigd kunnen worden.

5 Art. 14b Wet VPB 1969 is in werking getreden per 24 juni 1998 bij Wet van 17 juni 1998 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en van enige andere belastingwetten in verband met de fiscale begeleiding van de overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen op de voet van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1998, 350.

6 Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000, 216.

7 Wet van 30 november 2006 (Wet werken aan winst), *Stb.* 2006, 631.

8 Wet van 22 december 2011 (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639.

9 Dit geldt overigens ook de besluiten voor de bedrijfsfusie ex art. 14 Wet VPB 1969 en de splitsing ex art. 14a Wet VPB 1969. Het besluit standaardvoorwaarden bedrijfsfusie dateert van 2008 (Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M). De laatste standaardvoorwaarden voor de fiscaal gefacilieerde juridische splitsing dateren van 2000. Voor de zuivere splitsing zijn nooit standaardvoorwaarden gepubliceerd.

10 Opgemerkt zij dat een fiscaal gefacilieerde juridische fusie slechts plaats kan vinden indien deze niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (art. 14b lid 5 Wet VPB 1969).

Deze bijdrage tracht, zonder naar volledigheid te streven, een overzicht te geven op welke punten aanpassing en aanvulling is gewenst van de huidige standaardvoorwaarden die kunnen worden gesteld in het kader van een fiscaal gefaciliteerde juridische fusie.

3. Delegatiekader

De wetgever heeft in art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 het kader gesteld waarbinnen de aan een gefaciliteerde juridische fusie ex art. 14b lid 3 Wet VPB 1969 gestelde voorwaarden moeten blijven. Op basis van de eerste volzin van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 kunnen slechts voorwaarden worden gesteld die strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van belasting die de verdwijnende vennootschap zou zijn verschuldigd op basis van vervreemdings- en eindafrekeningsfaciliteiten van art. 14b lid 1 Wet VPB 1969.¹¹

Daarnaast geeft de tweede volzin van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 een limitatieve opsomming van onderwerpen waarop de standaardvoorwaarden eveneens betrekking mogen hebben. Indien een standaardvoorwaarde niet binnen het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 valt, is deze voorwaarde onverbindend.¹² Daarnaast mag een standaardvoorwaarde niet in strijd zijn de overige leden van art. 14b Wet VPB 1969 of de Fusierichtlijn.¹³

4. Standaardvoorwaarde 1

Bij een juridische fusie gaan onderlinge vorderingen en schulden van de fuserende rechtspersonen door schuldvermenging teniet. In veel gevallen zal als gevolg van het tenietgaan van een afgewaardeerde vordering de verkrijgende vennootschap winst constateren. Deze winst is niet vrijgesteld op grond van art. 14b lid 2 Wet VPB 1969, dat slechts de winst van de verdwijnende vennootschap vrijstelt. Daarmee lijkt in beginsel door een fiscaal gefaciliteerde fusie het afwaarderingsverlies op een onderlinge vordering niet definitief te kunnen worden gemaakt.¹⁴ Er kan echter worden betoogd dat indien een afgewaardeerde vordering bij de juridische fusie wordt ingebracht uit hoofde van aandeelhoudersmotieven, geen winst kan worden geconstateerd.¹⁵ Om zeker te stellen dat een afwaarderingsverlies op een onderlinge

¹¹ Zie ook R.J. de Vries, *Juridische Fusie* (FM nr. 84), Deventer: Kluwer 1998.

¹² In HR 21 maart 2001, *BNB* 2001/329 (concl. A-G Van Kalmthout), m.nt. R.J. de Vries, heeft de Hoge Raad met betrekking tot de voorwaarden bij de oude regeling van de fiscale eenheid bepaald binnen welke grenzen voorwaarden kunnen worden gesteld. Dit arrest heeft mijns inziens ook betrekking op de voorwaarden voor art. 14b lid 3 Wet VPB 1969. Zie ook De Vries 1998. Met betrekking tot het rechtskarakter van de standaardvoorwaarden volsta ik met een verwijzing naar HR 17 december 2010, *BNB* 2010/60 m.nt. R.J. de Vries.

¹³ Dit valt af te leiden uit HR 21 maart 2001, *BNB* 2001/329 (concl. A-G Van Kalmthout), m.nt. R.J. de Vries.

¹⁴ A.C.P. Bobeldijk, *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, paragraaf 10.3.3. Zie tevens J.A.R. van Eijssden en Q.J.W.C.H. Kok, *Afgewaardeerde vorderingen* (FM nr. 124), Deventer: Kluwer 2007, p. 183-184.

¹⁵ Vergelijk HR 10 maart 1993, *BNB* 1993/237. Bobeldijk acht dit niet mogelijk: Bobeldijk 2009, paragraaf 10.3.3.

vordering in alle gevallen niet definitief kan worden gemaakt¹⁶ door middel van een fiscaal gefacilieerde juridische fusie, bepaalt standaardvoorwaarde 1 dat de schuldenaar voor het fusietijdstip winst dient te nemen ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde van de vordering en de fiscale boekwaarde van de vordering op de balans van de schuldeiser.¹⁷

Standaardvoorwaarde 1 ziet eveneens op vorderingen waarop art. 13b of 13ba Wet VPB 1969 van toepassing is. In de toelichting van het Besluit wordt opgemerkt dat voor zover er sprake is van een afgewaardeerde vordering, zoals bedoeld in art. 13b en 13ba Wet VPB 1969, de sanctie als bedoeld in het eerste lid van deze artikelen – het verplicht terugnemen van de afwaardering op de vordering – achterwege blijft. Op deze wijze wordt getracht te voorkomen dat het afwaarderingsverlies dubbel wordt teruggenomen.

Indien een bij een juridische fusie betrokken rechtspersoon een afgewaardeerde vordering houdt op een andere bij de juridische fusie betrokken rechtspersoon, die reeds door een verbonden lichaam was afgewaardeerd, kan er bij een fiscaal gefacilieerde juridische fusie wel sprake zijn van dubbele terugname van het afwaarderingsverlies op deze vordering. Ten tijde van de eerdere overdracht van de afgewaardeerde vordering door het verbonden lichaam naar de nu bij de fiscaal gefacilieerde juridische fusie betrokken rechtspersoon kan de overdrager het afwaarderingsverlies reeds verplicht terug hebben moeten nemen op grond van art. 13b Wet VPB 1969. Door de toepassing van Standaardvoorwaarde 1 zou het afwaarderingsverlies bij de fiscaal gefacilieerde juridische fusie nogmaals moeten worden teruggenomen.

Deze situatie is vergelijkbaar met de situatie dat een lichaam dat een reeds door een verbonden lichaam afgewaardeerde vordering houdt een fiscale eenheid aangaat met de schuldenaar van deze afgewaardeerde vordering. Bij het aangaan van de fiscale eenheid dient dan in beginsel het afwaarderingsverlies op basis van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 terug te worden genomen. Indien het afwaarderingsverlies al bij de eerdere overdracht is teruggenomen op basis van art. 13b Wet VPB 1969 zal dit leiden tot dubbele terugname van het afwaarderingsverlies. De wetgever heeft deze mogelijke dubbele terugname onderkend. In art. 15ab lid 7 Wet VPB 1969 is een regeling opgenomen die in bepaalde situaties moet voorkomen dat het afwaarderingsverlies tweemaal dient te worden teruggenomen. Nu de situatie bij de juridische fusie vergelijkbaar is met die bij een voeging in een fiscale eenheid zou de staatssecretaris voor de juridische fusie een vergelijkbare tegemoetkoming moeten geven als die is opgenomen in art. 15ab lid 7 Wet VPB 1969.¹⁸

16 Dit speelt slechts indien het de afwaardering van de vordering ten laste van de Nederlandse winst is geschied en er geen sprake is van een onzakelijke lening waarvan de afwaardering niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Zie HR 9 mei 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191; HR 25 november 2011, nrs. 08/05323, 10/05161 en 10/04588.

17 Standaardvoorwaarde 1 vertoont gelijkenis met art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 dat eenzelfde regeling ten aanzien van onderlinge vorderingen en schulden kent in geval van voeging in dezelfde fiscale eenheid.

18 Zie in gelijke zin Bobeldijk 2009, paragraaf 10.3.4.1.

Het Besluit geeft geen nadere regeling voor de situatie dat in het kader van een juridische fusie een vordering tenietgaat waarop art. 13ba Wet VPB 1969 van toepassing is.¹⁹ Indien de verdwijner een opwaarderingsreserve heeft gevormd, rijst de vraag of deze in het kader van de juridische fusie mee zal overgaan naar de verkrijger. Er kan worden gesteld dat de opwaarderingsreserve heeft te gelden als extracomptabel²⁰ en daardoor niet als een vermogensbestanddeel kan worden beschouwd. Derhalve kan de opwaarderingsreserve bij een juridische fusie niet mee overgaan naar de verkrijger.²¹ Voorts ziet de indeplaatsstredingsfictie slechts op vermogensbestanddelen. Daarnaast kan worden gesteld dat een opwaarderingsreserve een subjectgebonden omstandigheid is en als zodanig slechts betrekking kan hebben op het belastingsubject en niet op de activa en passiva. Subjectgebonden omstandigheden volgen het subject en kunnen daarom, tenzij nadrukkelijk anders is geregeld, bij een juridische fusie niet mee overgaan naar de verkrijger.²² Op basis van de ratio van art. 15d Wet VPB 1969 dient de opwaarderingsreserve vrij te vallen en tot de winst van de verdwijner te worden gerekend.²³

Indien de verkrijger een opwaarderingsreserve heeft gevormd ten aanzien van een vordering die hij had op de verdwijner, is het onduidelijk of de opwaarderingsreserve belast of onbelast vrijvalt. Er kan worden betoogd dat als gevolg van de toepassing van art. 13ba lid 8 Wet VPB 1969 de opwaarderingsreserve onbelast vrij zou moeten vallen. Ik ben echter van mening dat de verdwijner geacht wordt zijn onderneming te hebben vervreemd aan de verkrijger en dat op grond van art 13ba lid 10 Wet VPB 1969 de opwaarderingsreserve belast dient vrij te vallen.²⁴ Het is wenselijk dat de staatssecretaris duidelijkheid geeft op dit punt.

5. Standaardvoorwaarde 2

Standaardvoorwaarde 2 van het Besluit regelt de verrekening van verliezen, buitenlandse resultaten en bronbelasting na het fusietijdstip.

5.1. Verrekening van verliezen

Standaardvoorwaarde 2a schrijft winstsplitsing voor ten aanzien van de verrekening van de vóór het fusietijdstip geleden verliezen. De vóór het fusietijdstip geleden verliezen van de verkrijger en de verdwijner kunnen slechts worden verrekend met de winst na het fusietijdstip die kan worden toegerekend aan de oorspronkelijke

19 In de parlementaire geschiedenis bij de invoering van art. 13ba Wet VPB 1969 heeft de staatssecretaris gezegd dat 'belastingplichtigen zich voor fiscale begeleiding op grond van art. 14a, respectievelijk 14b, derde lid, tot de inspecteur moeten wenden voor nadere voorwaarden' (*Kamerstukken II*, 29 686, nr. 6, p. 7-8). Het Besluit heeft de staatssecretaris hier niet op aangepast.

20 *Kamerstukken II*, 29 686, nr. 6, p. 16.

21 Zie ook Bobeldijk 2009, paragraaf 10.3.5.

22 Zie onder andere punt 4.5 van de conclusie A-G Wattel bij Hoge Raad 4 juni 2010, nr. 08/01549, *BNB* 2010/236.

23 Anders: Bobeldijk 2009, paragrafen 6.6.15.3, 6.6.15.4 en 10.6.2.

24 Zie eveneens *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.III.

onderneming van de verkrijger respectievelijk de verdwijner, zoals die vóór de juridische fusie werd gedreven. Hierbij zij opgemerkt dat verrekenbare verliezen subjectgebonden zijn en dat de verrekenbare verliezen van de verdwijner zonder nadere regeling verloren zullen gaan. De staatssecretaris heeft in zijn besluit van 19 december 2000 nr. CPP2000/3148M de overgang van de verrekenbare verliezen van de verdwijner naar de verkrijger geregeld.

In paragraaf 5 van de toelichting op het Besluit wordt gesteld dat de winstsplitsing ook geldt ten aanzien van rechtsverhoudingen die als gevolg van de juridische fusie teniet zijn gegaan. Hierbij kan gedacht worden aan rentebetalingen op onderlinge vorderingen die na de juridische fusie in aanmerking moeten worden genomen, hoewel de vordering door schuldvermenging teniet is gegaan.

De staatssecretaris lijkt op dit punt te willen aansluiten bij de regeling zoals die voor de fiscale eenheid is opgenomen in art. 15ah Wet VPB 1969. In tegenstelling tot de juridische fusie zijn bij voeging in een fiscale eenheid de onderlinge rechtsverhoudingen enkel fiscaal niet meer zichtbaar, maar bestaan deze civielrechtelijk nog wel. Mijns inziens past het niet bij het karakter van de juridische fusie om rekening te houden met resultaten uit rechtsbetrekkingen die civielrechtelijk niet meer bestaan. De onderlinge rechtsverhoudingen zullen in de afzonderlijke boekhoudingen van de verschillende vennootschappen binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komen, terwijl na een juridisch fusie de onderlinge rechtsverhoudingen niet meer in de boeken staan. Het bijhouden van de resultaten uit de tenietgegangene rechtsverhoudingen levert een administratieve last op voor belastingplichtige. De staatssecretaris zou zijn standpunt ten aanzien van de tenietgegangene rechtsverhoudingen moeten heroverwegen.²⁵

Het niet langer in aanmerking nemen van onderlinge vorderingen kan gevolgen hebben voor de verliesverrekening indien de schuldenaar die haar voorfusieverliezen wenst te verrekenen een houdster- en/of financieringsmaatschappij in de zin van art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 was. De werkzaamheden- en vorderingeneis van art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 wordt getoetst op het niveau van de oorspronkelijke onderneming. De vorderingeneis van art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 bepaalt dat indien een belastingplichtige kwalificeert als houdster- en/of financieringsmaatschappij zij haar winsten slechts kan verrekenen met houdster- en/of financieringsverliezen indien het saldo van de boekwaarde van de vorderingen op en schulden aan met de belastingplichtige verbonden lichamen gedurende het gehele of nagenoeg het gehele jaar niet uitgaat boven de boekwaarde van datzelfde saldo aan het einde van het jaar waarin het verlies is geleden.

Als gevolg van het niet in aanmerking nemen van schulden in de situatie waarin per saldo een negatief vorderingensaldo met de (bij de juridische fusie betrokken)

25 In dezen zie ook *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.II en A.W. Hofman en M.M. Borggreven, 'Fiscaal gefaciliteerde reorganisatie en verliesverrekening', *WFR* 2007/311.

schuldeiser bestond, zal het vorderingensaldo van de schuldenaar kunnen stijgen waardoor de schuldenaar zijn voorfusieverliezen niet meer zou kunnen verrekenen met de nafusiewinsten. De belastingplichtige zou in dat geval een beroep moeten kunnen doen op art. 20 lid 5 Wet VPB 1969, aangezien de wijziging van het vorderingensaldo als gevolg van het tenietgaan van de vordering niet in overwegende mate zal zijn gericht op verruiming van de verliesverrekening.

In art. 15a Wet VPB 1969 is voor de winstsplitsing en de verrekening van voorvoegingsverliezen van de fiscale eenheid een regeling getroffen voor de situatie dat vermogensbestanddelen zijn overgedragen tussen maatschappijen die deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid. Het Besluit geeft geen uitsluitsel hoe er in het kader van de winstsplitsing rekening moet worden gehouden met 'transacties' tussen de voormalige ondernemingen van de verkrijger en de verdwijner. Mijns inziens hoeft er in het kader van de winstsplitsing geen rekening te worden gehouden met 'transacties' en mogelijke verschuiving van meerwaarden tussen de voormalige ondernemingen van de verkrijger en verdwijner, omdat er na de juridische fusie slechts sprake is van één rechtspersoon zodat transacties tussen de voormalige ondernemingen niet kunnen plaatsvinden.²⁶

Het Besluit regelt slechts de verrekening van de vóór het fusietijdstip geleden verliezen. Aan de achterwaartse verrekening van de na het fusietijdstip geleden verliezen met winsten van de verkrijger van voor het fusietijdstip zijn geen eisen gesteld. Achterwaartse verrekening van de na het fusietijdstip geleden verliezen met de voorfusiewinsten van de verdwijner is in beginsel niet mogelijk, omdat de verdwijner is opgehouden te bestaan. In het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3149M is goedgekeurd dat achterwaartse verliesverrekening mogelijk is waarbij de voorwaarde wordt gesteld dat winstsplitsing plaatsvindt. Ten aanzien van de verplichte winstsplitsing die dit besluit voorschrijft, dient hetzelfde te gelden als voor de winstsplitsing onder het Besluit. Ik verwijs naar mijn eerder opmerkingen ten aanzien van deze winstsplitsing in deze paragraaf.

In paragraaf 5 van het Besluit, dat een toelichting bevat op de voorwaarden, wordt opgemerkt dat de inspecteurs bij de toepassing van de winstsplitsing een zekere soepelheid dienen te betrachten. De praktijk is gediend met een 'soepele' opstelling, maar ik ben van mening dat belastingplichtigen niet afhankelijk zouden moeten zijn van de soepelheid van de behandelde inspecteur. Zij moeten kunnen vertrouwen op een duidelijk beleid. Een nadere toelichting van de staatssecretaris op hoe door de inspecteurs aan deze toezegging concreet invulling dient te worden gegeven, is daarom welkom. Aangenomen mag worden dat in de afgelopen tien jaar in dit verband voldoende ervaring is opgedaan en dat er nadere richtlijnen gegeven kunnen worden.

26 Zie eveneens De Vries 1998, p. 201 en *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.II.

5.2. *Doorschui- en inhaalregeling en voortwenteling niet-verrekenende bronbelasting*

In geval bij een juridische fusie tot de overgedragen vermogensbestanddelen een ‘buitenlandse’ vaste inrichting behoort, treedt de verkrijger voor wat betreft de (oude) doorschui- en de inhaalregeling in de plaats van de verdwijner. Om te voorkomen dat als gevolg van de juridische fusie voor de toepassing van de (oude) doorschui- en inhaalregeling te ruime verrekeningsmogelijkheden ontstaan, schrijft standaardvoorwaarde 2e voor de toepassing van deze bepalingen eenzelfde winstsplitsing voor als bij de verliesverrekening. Met de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten per 1 januari 2012²⁷ zijn de doorschui- en inhaalregeling niet langer van toepassing nu de buitenlandse ondernemingswinsten in beginsel zijn vrijgesteld. De inhaalregeling die geregeld was in art. 35 Bvdb 2001²⁸ is per 1 januari 2012 vervallen. De doorschuifregeling van art. 34 Bvdb 2001 is per 1 januari 2012 gewijzigd in de zin dat deze bepaling nu is vormgegeven als een overgangsbepaling.²⁹ De redactie van standaardvoorwaarde 2e dient te worden gewijzigd nu er door de invoering van de objectvrijstelling – tenzij art. 34 Bvdb 2001 van toepassing is – geen sprake meer kan zijn van ‘de overbrenging van buitenlandse winsten en verliezen van de verdwijnende rechtspersoon respectievelijk de verkrijgende rechtspersoon uit het jaar voorafgaande aan het fusietijdstip’. Op dit punt zou kunnen worden volstaan met een verwijzing naar de overgangsregeling zoals die nu is opgenomen in art. 34 Bvdb 2001.

Standaardvoorwaarde 2e schrijft ook winstsplitsing voor ten aanzien van de toepassing art. 37 Bvdb 2001 dat ziet op de voortwenteling van niet verrekenende buitenlandse bronbelasting. Door middel van de juridische fusie zouden ook de verrekeningsmogelijkheden ten aanzien van niet verrekenende bronbelasting kunnen worden verruimd. Met betrekking tot de uitwerking van de winstsplitsing van standaardvoorwaarde 2e verwijs ik naar mijn eerdere opmerkingen in paragraaf 5.2.

5.3. *Deelnemingsverrekening*

Een deelnemingsverrekeningsclaim dient mijns inziens als een objectgebonden claim te worden beschouwd. Derhalve gaat een zodanige claim bij een juridische fusie van een verdwijner over op de verkrijger. De staatssecretaris is van mening dat het recht op deelnemingsverrekening subjectgebonden is en daarom zonder nadere regeling de bedoelde claim van een verdwijner bij een juridische fusie verloren zou gaan.^{30, 31}

27 Wet van 22 december 2011 (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639.

28 Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

29 Belastingplan 2012 *Kamerstukken II* 2011/2012, 30 003, nr. 2.

30 Zie onderdeel 5.4 van het besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M.

31 Zie hierover ook A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening*, Deventer: Kluwer 2011, p. 305 e.v.

Als gevolg van een juridische fusie zouden de mogelijkheden om een deelnemingsverrekeningsclaim geldend te maken kunnen worden vergroot, omdat de limieten voor de toepassing van deze claim zonder nadere regeling worden vastgesteld op basis van de resultaten van de ingevolge de juridische fusie samengebrachte vermogensbestanddelen. Om te voorkomen dat als gevolg van de juridische fusie de verrekeningsmogelijkheden uit voorgaande jaren toenemen, zou ook voor de deelnemingsverrekening een winstsplitsing dienen te worden toegepast.

In het Besluit is dit nog niet geregeld en aanpassing van het Besluit lijkt hier dus noodzakelijk. In het besluit voor de standaardvoorwaarden voor de bedrijfsfusie,³² heeft de staatssecretaris al voorzien in een regeling voor de deelnemingsverrekening. Deze regeling lijkt echter niet het gewenste doel te bereiken aangezien het nog steeds mogelijk lijkt dat de verrekeningsmogelijkheden door de juridische fusie kunnen worden vergroot.³³ Een aanpassing van het Besluit op het punt van de deelnemingsverrekening door de bepaling uit het besluit standaardvoorwaarden bedrijfsfusie³⁴ over te nemen, lijkt dus niet afdoende.

6. Standaardvoorwaarde 3

Als gevolg van de juridische fusie zal het aandelenbezit van de verkrijger in de verdwijner van rechtswege verdwijnen.³⁵ In het zelden voorkomende geval dat de verdwijner aandelen houdt in de verkrijger zullen haar eigen aandelen, die de verkrijger overneemt, fiscaal in beginsel als geamortiseerd moeten worden beschouwd.³⁶

Standaardvoorwaarde 3 bepaalt dat de aandelen die een bij de fusie betrokken rechtspersoon houdt in een andere bij de fusie betrokken rechtspersoon onmiddellijk voorafgaande aan de fusie op de waarde in het economische verkeer dienen te worden gesteld. Op deze wijze wordt voorkomen dat een eventuele vennootschapsbelastingclaim op de verdwijnende aandelen verloren gaat. Bij het bepalen van de jaarwinst van de aandeelhouder zal rekening moeten worden gehouden met het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de waarde in het economische verkeer van de aandelen. Overigens zal door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de opwaardering van de aandelen in veel gevallen niet tot heffing leiden.

Omdat art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 bepaalt dat er voorwaarden mogen worden gesteld die betrekking hebben op het bepalen van de in een jaar genoten winst van de verkrijgende vennootschap is standaardvoorwaarde 3 verbindend. Het delegatiekader heeft op dit punt een ruime uitwerking. Bij een niet-gefacilieerde juridische

³² Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M.

³³ Ik verwijs in dit verband naar het voorbeeld van Hofman 2011, p. 308.

³⁴ Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M.

³⁵ Art. 2:235 lid 4 BW.

³⁶ In geval van een moeder-dochter fusie, waarbij de moeder de verkrijger is, zullen de aandelen die de dochter houdt in de moeder al voor het tijdstip van de juridische fusie worden geacht middellijk te zijn ingekocht. Dit is slechts anders indien de aandelen in de moeder worden gehouden ter tijdelijke belegging.

fusie is er geen wettelijke bepaling die de verkrijgende rechtspersoon tot afrekening dwingt. Art. 14b lid 1 Wet VPB 1969 ziet immers slechts op de verdwijnende rechtspersoon, terwijl art. 15d Wet VPB 1969 eveneens toepassing mist.³⁷ Het is de vraag of een verschillende behandeling van de fiscaal gefacilieerde fusie en de niet-gefacilieerde fusie hier op zijn plaats is.

7. Standaardvoorwaarde 4

Standaardvoorwaarde 4 geeft een nadere regeling ingeval een fuserende rechtspersoon een deelneming heeft in de andere fuserende rechtspersoon waarop het per 1 januari 2012 vervallen art. 13c (oud) Wet VPB 1969 of het per 1 januari 2006 vervallen art. 13 ca (oud) Wet VPB 1969 van toepassing is.

Standaardvoorwaarde 4 tracht te voorkomen dat nog niet ingelopen buitenlandse inhaalverliezen (art. 13c (oud) Wet VPB 1969) en tijdelijke afwaarderingsverliezen (art. 13ca (oud) Wet VPB 1969) definitief gemaakt worden door deze onmiddellijk voorafgaand aan de juridische fusie geforceerd terug te laten nemen.

7.1. Art. 13c (oud)-deelnemingen

Hoewel art. 13c (oud) Wet VPB 1969 per 1 januari 2012 is vervallen, voorziet art. 33b lid 5 Wet VPB 1969 in een overgangsregeling die bepaalt dat art. 13c (oud) Wet VPB 1969 zoals dat luidde op 31 december 2011 zijn werking behoudt voor reeds bestaande gevallen. Standaardvoorwaarde 4 blijft derhalve ook voor zover deze ziet op het vervallen art. 13c (oud) Wet VPB 1969 van belang.

Ingeval de verkrijger een art. 13c (oud)-deelneming bezit in de verdwijner is het de vraag of op het moment van de juridische fusie art. 13c (oud) lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 van toepassing is en dientengevolge de verkrijger het resterende inhaalverlies terug dient te nemen. Gesteld kan worden dat art. 13c (oud) lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 in dit geval niet van toepassing is, omdat onder de zinsnede ‘ander lichaam’ niet de bezitter van art. 13c (oud)-deelneming kan worden begrepen.³⁸ Ik acht een dergelijke interpretatie te beperkt. Art. 13c (oud) lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 is naar mijn mening van toepassing in geval van een juridische fusie.

Ingeval de verdwijner een art. 13c-deelneming bezit in de verkrijger vindt, in beginsel, geen geforceerde terugname op basis van art. 13c (oud) lid 2 Wet VPB 1969 plaats.³⁹ Standaardvoorwaarde 4 bepaalt echter dat de juridische fusie een omstandigheid is als bedoelt in art. 13c (oud) lid 2 Wet VPB 1969. Op deze wijze wordt bereikt dat de inhaalverliezen meteen worden teruggenomen.

³⁷ Zie *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.III.

³⁸ Zie *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.V.

³⁹ Art. 13c lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 zou slechts toegepast kunnen worden indien de verkrijger niet in Nederland is gevestigd.

Aangezien art. 13c (oud) lid 2 Wet VPB 1969, in beginsel, niet van toepassing is bij een juridische fusie, zullen bij een juridische fusie met geruis niet alle inhaalverliezen kunnen worden teruggenomen. De juridische fusie met geruis geldt als de vergelijkingsmaatstaf voor het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969. Dit betekent dat in deze situatie binnen het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 slechts de inhaalverliezen kunnen worden teruggenomen die ook bij een juridische fusie met geruis kunnen worden teruggenomen. Dit leidt ertoe dat bij een gefaciliteerde juridische fusie inhaalverliezen slechts terug kunnen worden genomen tot het bedrag van de verplichte herwaardering op grond van standaardvoorwaarde 3.⁴⁰ Voor zover standaardvoorwaarde 4 probeert te bewerkstelligen dat inhaalverliezen worden teruggenomen, die door de verdwijner nog niet zijn teruggenomen op basis van standaardvoorwaarde 3, treedt standaardvoorwaarde 4 buiten het delegatiekader van art. 14 lid 4 Wet VPB 1969 en is daarmee waarschijnlijk onverbindend.

Aangezien standaardvoorwaarde 4 met betrekking tot een art. 13c (oud)-deelneming van de verkrijger in de verdwijner overbodig lijkt, omdat art. 13c (oud) lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 kan worden toegepast en met betrekking tot een art. 13c (oud)-deelneming van de verdwijner in de verkrijger waarschijnlijk onverbindend is, voor zover de terugname van de stallingverliezen uitgaat boven de terugname op basis van standaardvoorwaarde 3, is het de vraag of standaardvoorwaarde 4 voor zover zij ziet op art. 13c (oud)-deelnemingen niet zou moeten worden aangepast.

7.2. *Art. 13ca (oud)-deelnemingen*

Op basis van art. 13ca (oud) VPB 1969 dat per 1 januari 2006 is vervallen, kon een belastingplichtige verliezen op een deelneming, waarin hij een belang van ten minste een vierde gedeelte van het nominaal gestort kapitaal had, tijdelijk ten laste van de winst brengen. Indien het afwaarderingsverlies vijf jaar na het verkrijgen van de deelneming nog niet was ingelopen, diende het resterende afwaarderingsverlies in het zesde tot en met het tiende jaar in gelijke delen te worden teruggenomen. Deze termijn voor verplichte terugname kan voor bepaalde afwaarderingsverliezen nog niet zijn verstreken en derhalve kan art. 13ca (oud) Wet VPB 1969 nog relevant zijn. Standaardvoorwaarde 4 probeert te bewerkstelligen dat resterende afwaarderingsverliezen op het tijdstip voorafgaand aan de juridische fusie worden teruggenomen, opdat deze na de juridische fusie niet definitief worden.

Indien de verkrijger een art. 13ca (oud)-deelneming houdt in de verdwijner rijst de vraag of op basis van art. 13ca lid 5 tweede volzin (oud) Wet VPB 1969 het afwaarderingsverlies dient te worden teruggenomen. Art. 13ca lid 5 tweede volzin Wet VPB 1969 bepaalt dat een nog niet teruggenomen afwaarderingsverlies op een 13ca (oud)-deelneming dient te worden teruggenomen ‘ingeval een deelneming (...) daalt beneden een vierde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal in een vennootschap’. De Hoge Raad heeft in het kader van het (oude) fiscale

40 Zie *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.V.

eenheidsregime beslist dat bij een ontvoeging van een maatschappij uit een fiscale eenheid art. 13ac lid 5 tweede volzin⁴¹ (oud) Wet VPB 1969 van toepassing is en dat derhalve het afwaarderingsverlies op een 13ca (oud)-deelneming dient te worden teruggenomen.⁴² Mijn inziens kan dit arrest worden doorgetrokken naar de juridische fusie. Ook in geval van de juridische fusie dient een nog niet teruggenomen afwaarderingsverlies te worden teruggenomen op basis van art. 13ca lid 5 tweede volzin (oud) Wet VPB 1969, omdat als gevolg van de juridische fusie de deelneming daalt beneden een vierde gedeelte van het nominaal gestort kapitaal.⁴³

Standaardvoorwaarde 4 blijft ten aanzien van art. 13ca (oud)-deelnemingen binnen het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969, omdat ook bij een ruisende juridische fusie op basis van art. 13ca (oud) Wet VPB 1969 het afwaarderingsverlies terug dient te worden genomen.

8. Standaardvoorwaarde 5

Indien tot het vermogen van de verkrijger of de verdwijner een deelneming behoort met een latent liquidatieverlies, beperkt standaardvoorwaarde 5 de verrekening van dit liquidatieverlies. Naar de mening van de staatsecretaris is dit noodzakelijk omdat het tijdstip waarop een liquidatieverlies tot uitdrukking komt, kan worden beïnvloed. Standaardvoorwaarde 5 bepaalt dat voor de verrekening van het liquidatieverlies de winstsplitting van standaardvoorwaarde 2 moet worden toegepast.

Het Besluit stelt dat bij liquidatieverliezen de termijn voor de achterwaartse verliesverrekening is beperkt tot drie jaar. In dit opzicht komt standaardvoorwaarde 5 niet overeen met de huidige wettelijke termijnen voor verliesverrekening. Het overgangsrecht bij de invoering van de beperking van de verliesverrekeningstermijnen per 1 januari 2007 bepaalt dat deze beperkingen ook doorwerken naar de standaardvoorwaarden voor de juridische fusie.⁴⁴ Teneinde het Besluit in lijn te brengen met de wettelijke termijnen zou de staatssecretaris beter kunnen volstaan met een verwijzing naar de verliesverrekeningstermijnen in de Wet VPB 1969.⁴⁵

41 Het arrest ziet op het jaar 2003 toen art. 13ca lid 5 tweede volzin (oud) Wet VPB 1969 nog was opgenomen in art. 13ca lid 4 tweede volzin (oud) Wet VPB 1969.

42 HR 4 juni 2010, nr. 08/01549, *NTFR* 2010/1375.

43 Anders: *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.7.0.D.e5.V. De auteurs zijn van mening dat de wetgever met de passage in art. 13ca lid 4 (oud) Wet VPB 1969 "(...) ingeval een deelneming waarop het eerste lid toepassing heeft gevonden, daalt beneden een vierde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal in het nominaal gestorte kapitaal in een vennootschap", niet de verdwijning van de deelneming als gevolg van een juridische fusie voor ogen had.

44 Wet werken aan winst, *Stb.* 2006, 631. *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 572, nr. 3, p. 82.

45 In het besluit standaardvoorwaarden bedrijfsfusie wordt bepaald dat liquidatieverliezen zijn te verrekenen met de winsten van het voorgaande jaar en de negen volgende jaren. Gezien de tijdelijke verruiming van de verliesmogelijkheden in 2009, 2010 en 2011 was ook deze tekst niet altijd in overeenstemming met de verliesverrekeningstermijnen in de Wet VPB 1969.

9. Standaardvoorwaarde 6

Standaardvoorwaarde 6 bepaalt dat bij een grensoverschrijdende fusie, waarbij de in Nederland gevestigde rechtspersoon de verdwijner is en een in het buitenland gevestigde rechtspersoon de verkrijger,⁴⁶ er geen vrijstelling wordt gegeven voor de overdrachtswinst die betrekking heeft op vermogensbestanddelen, die na de fusie niet meer aan de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Op deze wijze wordt voorkomen dat bij een fiscaal gefacilieerde fusie een eventuele vennootschapsbelasting claim verloren gaat, omdat Nederland na de fusie geen heffingsrecht meer heeft over deze vermogensbestanddelen. De juridische fusie wordt dus alleen gefacilieerd voor vermogensbestanddelen die na de fusie nog in de Nederlandse heffing kunnen worden betrokken. Standaardvoorwaarde 6 is in overeenstemming met art. 4 van de Fusierichtlijn en blijft daarmee binnen het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969.

10. Innovatiebox

Op basis van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 kunnen nadere voorwaarden gesteld worden voor de toepassing van de innovatiebox.⁴⁷ Omdat de innovatiebox pas per 2007 in de wet is gekomen, zijn in het Besluit nog geen standaardvoorwaarden voor de innovatiebox opgenomen.

Sinds het afschaffen van de boxruimte voor S&O activa⁴⁸ per 1 januari 2010 spelen bij de samenloop van de gefacilieerde juridische fusie en de innovatiebox alleen de voortbrengingskosten van de immateriële activa nog een rol.

Voor een standaardvoorwaarde voor de toepassing van de innovatiebox zou aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 7a Besluit Fiscale Eenheid 2003 dat de samenloop van de innovatiebox bij voeging in een fiscale eenheid regelt. De situaties van de voeging in een fiscale eenheid en de juridische fusie verschillen in dit verband niet.

Het is waarschijnlijk dat de eventuele standaardvoorwaarde zal bepalen dat de voordelen van de innovatiebox slechts van toepassing zijn voor zover deze de voortbrengingskosten van de immateriële activa die kwalificeren voor de toepassing van de innovatiebox overtreffen. Indien tot het vermogen van een verdwijner immateriële activa behoorden waarop de innovatiebox nog niet van toepassing was, zullen door indeplaatstreding de voortbrengingskosten van deze immateriële activa voor

46 De in het buitenland gevestigde verkrijger kan een naar Nederlands recht of naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon zijn. De vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 werkt niet door naar art. 14b Wet VPB 1969.

47 Ingevoerd bij de Wet werken aan winst (*Stb*, 2006, 631). De innovatiebox werd tot 2010 aangeduid als octrooibox.

48 Tot 1 januari 2010 was de innovatiebox tot een maximum van EUR 400.000 van toepassing op voordelen verkregen uit S&O activa. Indien de verdwijner voor 2010 de innovatiebox toepaste op S&O activa en het plafond van EUR 400.000 nog niet is bereikt, ligt het voor de hand dat bij een juridische fusie de resterende boxruimte overgaat naar de verkrijger.

de (eventuele) latere toepassing van innovatiebox in aanmerking worden genomen. Voorts is waarschijnlijk dat wordt bepaald dat indien de verdwijner beschikt over immateriële activa waarop de innovatiebox van toepassing was, het resterende saldo van de nog in te lopen voortbrengingskosten zal overgaan op de verkrijger.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat als slechts gekeken wordt naar de wettelijke regeling van de innovatiebox in geval van samenloop van de innovatiebox met de juridische fusie, kan worden volstaan met een schijnbaar eenvoudig toe te passen standaardvoorwaarde. De toepassing van de innovatiebox wordt echter met belastingplichtigen vastgelegd in vaststellingsovereenkomsten waarbij de winst die toerekenbaar is aan de innovatiebox wordt vastgesteld door middel van methoden die niet geheel de wettelijke systematiek van art. 12b Wet VPB 1969 volgen.⁴⁹ De impact van een juridische fusie op de vaststellingsovereenkomst voor de toepassing van de innovatiebox vereist veelal maatwerk en nadere afspraken en laat zich mijns inziens niet regelen in een standaardvoorwaarde. Een standaardvoorwaarde voor de juridische fusie zal dan ook slechts een beperkt bereik hebben. De staatssecretaris zal de belastingplichtigen moeten verwijzen naar de competente inspecteur met wie de afspraken over de toepassing van de innovatiebox zijn gemaakt.⁵⁰

11. Objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten

Per 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten en een aanvullende regeling voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen ingevoerd.⁵¹ Het delegatiekader van art. 14b lid 4 Wet VPB 1969 is per 1 januari 2012 eveneens uitgebreid; er mogen bij een fiscaal gefacilieerde juridische fusie ook voorwaarden worden gesteld die betrekking hebben op de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten en de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten. Als gevolg zal een juridische fusie waarbij een vaste inrichting is betrokken net als voor 2012 niet zonder nadere voorwaarden gefacilieerd kunnen plaatsvinden.

Op basis van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten kunnen verliezen uit de buitenlandse onderneming niet langer ten laste van het Nederlandse resultaat worden gebracht. In art. 15i Wet VPB 1969 wordt een uitzondering gemaakt voor stakingsverliezen. Ingeval de objectvrijstelling voor buitenlandse

⁴⁹ Voor voorbeelden van deze methoden verwijs ik naar *V-N* 2011/9.11.

⁵⁰ In het besluit bedrijfsfusie (besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M) is bepaald dat belastingplichtigen indien er sprake is van te toepassing van de innovatiebox zich dienen te wenden tot het Ministerie van Financiën. Hoewel het de staatssecretaris vrij staat belastingplichtigen te verwijzen naar het Ministerie van Financiën, vermag ik niet in te zien waarom de inspecteurs die de innovatieboxverzoeken afhandelen, voor verzoeken in het kader van een juridische fusie niet eveneens competent zijn.

⁵¹ De regeling van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten inclusief de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is geregeld in art. 15e, 15f, 15g, 15h, 15i, 15j, 23c, 23d, 33b, 33c, 33e Wet VPB 1969. De regeling is ingevoerd bij Wet van 22 december 2011 (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639.

ondernemingswinsten van toepassing is, zal bij een juridische fusie voor de berekening van de stakingsverliezen het saldo van de positieve en negatieve bedragen van een verdwijner in beginsel overgaan op de verkrijger. In de standaardvoorwaarden voor de gefaciliteerde juridische fusie zal om oneigenlijk gebruik van het stakingsverlies tegen te gaan naar verwachting een bepaling worden opgenomen dat de verkrijger de stakingsverliezen slechts kan gebruiken op voorwaarde dat er winstsplitsing plaatsvindt. Als gevolg kunnen de stakingsverliezen alleen worden afgezet tegen de winsten van de oorspronkelijke onderneming van de verdwijner. Het ligt voor de hand deze standaardvoorwaarde enigszins overeenkomt met de huidige standaardvoorwaarde 5 voor de verrekening van latente liquidatieverliezen.

Ingeval een bij een juridische fusie betrokken rechtspersoon een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming houdt en aanspraken heeft op verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten ligt het voor de hand dat deze aanspraken na een gefaciliteerde juridische fusie ook alleen verrekend kunnen worden met toepassing van winstsplitsing. Dit om te voorkomen dat er als gevolg van de gefaciliteerde juridische fusie ruimere verrekeningsmogelijkheden zijn voor deze aanspraken. De verrekeningsmethodiek voor deze aanspraken is vergelijkbaar met die van de deelnemingsverrekening en voor een eventuele standaardvoorwaarde zou daarom aansluiting wordt gezocht bij een eventuele standaardvoorwaarde voor de deelnemingsverrekening. Ik verwijs in dit verband naar mijn eerdere opmerkingen in paragraaf 5.4 met betrekking tot een standaardvoorwaarde voor de deelnemingsverrekening.

12. Renteaftrekbeperking voor overnameholdings

Met de invoering van de renteaftrekbeperking voor overnameholdings in art. 15ad Wet VPB 1969 per 1 januari 2012 zijn er drie leden aan art. 14b Wet VPB 1969 toegevoegd.⁵² Art. 15ad Wet VPB 1969 beperkt de verrekening van rentekosten van een overnameschuld in principe tot de winsten van de overnameholding binnen een fiscale eenheid. Zonder nadere regeling zou door een juridische fusie toepassing van art. 15ad Wet VPB 1969 kunnen worden voorkomen door de overgenomen maatschappij te fuseren met de maatschappij die de rentekosten van de overnameschuld in aftrek brengt.

De nieuwe leden 9, 10 en 11 van art. 14b Wet VPB 1969 bepalen dat na een juridische fusie een winstsplitsing moet worden toegepast, opdat de rente op een overnameschuld alleen verrekenbaar is met de winst van de gefuseerde overgenomen maatschappij. Voor deze winstsplitsing dient aangesloten te worden bij de regels van de winstsplitsing voor de fiscale eenheid zoals die zijn neergelegd in art. 15ah Wet VPB 1969. Zoals opgemerkt in paragraaf 5, zitten er verschillen tussen de

⁵² Wet van 22 december 2011 (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639.

winstsplittingsregels voor de juridische fusie en de fiscale eenheid. Dit betekent dat een belastingplichtige na de fusie in sommige gevallen twee verschillende winstsplittingsen bij zal moeten houden. Een winstsplitsing op basis van de standaardvoorwaarden juridische fusie waarbij niet of beperkt rekening wordt gehouden met onderlinge transacties tussen de voormalige ondernemingen van de gefuseerde rechtspersonen en een winstsplitsing op basis van de regels van de fiscale eenheid, waarin met alle onderlinge transacties rekening moet worden gehouden.

Om de administratieve lasten voor de belastingplichtige te beperken zou de staatssecretaris op dit punt een keuze moeten maken: of de winstsplitsing voor de juridische fusie wordt gelijkgesteld met die regels voor de winstsplitsing van de fiscale eenheid of voor de juridische fusie geldt ook in het kader van art. 14b lid 9, 10 en 11 Wet VPB 1969 dat er geen rekening hoeft te worden gehouden met onderlinge transacties tussen de voormalige ondernemingen van de fuserende rechtspersonen.

13. Overige relevante besluiten

Naast het Besluit met daarin de standaardvoorwaarden heeft de staatssecretaris voor de fiscaal gefacilieerde begeleiding van de juridische fusie nog drie besluiten uitgevaardigd. In het besluit van 25 februari 2002, nr. CPP2002/158M is aan de inspecteurs de algemene toestemming gegeven voor de afdoening van verzoeken ex art. 14b lid 3 Wet VPB 1969. In het in paragraaf 5.2 van het besluit van 19 december 2000 nr. CPP2000/3148M is de overgang van verliezen van de verdwijner naar de verkrijger geregeld. Ten slotte is in het eveneens in paragraaf 5.2 van het besluit van 19 december 2000 nr. CPP2000/3149M de achterwaartse verliesverrekening geregeld. Net als bij het besluit bedrijfsfusie is het overzichtelijk indien de staatssecretaris alle besluiten met betrekking tot de juridische fusie samenvoegt.

Opgemerkt zij nog dat verzoeken voor een fiscaal gefacilieerde juridische fusie ex art. 14b lid 3 Wet VPB 1969 vóór de civielrechtelijke juridische fusie moeten zijn ingediend. Het besluit bedrijfsfusie bevat in hoofdstuk 9 een tegemoetkoming voor te laat ingediende verzoeken.⁵³ Mijns inziens zou deze tegemoetkoming ook moeten gelden voor juridische fusies. Het zou goed zijn als de staatssecretaris dit zou bevestigen.

⁵³ Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M *Stcrt.* 2008, 196.

14. Conclusie

Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat is gebaat bij eenvoudige regelingen die de samenloop van de fiscaal gefaciliteerde reorganisaties met de overige bepalingen uit de Wet VPB 1969 regelen. In het kader van deze samenloop heeft de staatssecretaris een drietal besluiten met standaardvoorwaarden gepubliceerd voor de fiscaal gefaciliteerde bedrijfsfusie, de afsplitsing en de juridische fusie. Het besluit standaardvoorwaarden juridische fusie regelt de samenloop bij een fiscaal gefaciliteerde juridische fusie onvoldoende. Vanuit het oogpunt van het fiscale vestigingsklimaat is het wenselijk dat de staatssecretaris spoedig een geactualiseerd besluit standaardvoorwaarden juridische fusie publiceert.

Douanewaarde in douanerecht en btw: eenvoud met complicaties

prof. mr. M.E. van Hilten¹

1. Inleiding

Van oudsher sluit de heffing van omzetbelasting bij invoer nauw aan bij het douanerecht. Daar is op zichzelf niets mis mee: bij invoer van goederen wordt immers niet alleen omzetbelasting geheven, maar zijn ook invoerrechten verschuldigd. Wat ligt er dan meer voor de hand dan dat die beide heffingen op elkaar aansluiten? Zo zien we dat de omzetbelastingregelgeving² weliswaar een eigen belastbaar feit ('invoer') hanteert voor het binnenbrengen van goederen vanuit derde landen, maar dat de gebeurtenissen die leiden tot verschuldigdheid van invoerrechten, doorgaans ook onder het belastbare feit 'invoer' in de zin van de omzetbelasting kunnen worden gebracht, en dat – althans in Nederland – in beginsel dezelfde personen aansprakelijk zijn voor de in verband met de invoer ontstane douane- respectievelijk omzetbelastingsschuld. Ook de maatstaf van heffing bij invoer – in de zin van de omzetbelasting – is gelijk aan de maatstaf van heffing die gehanteerd wordt voor de toepassing van het douanetarief. Omdat het systeem van de omzetbelasting echter verschilt van dat van de invoerrechten (de omzetbelasting betreft ook diensten in de heffing, het douanerecht niet), kan het gebeuren dat het hanteren van dezelfde maatstaf van heffing voor de invoerrechten en voor de omzetbelasting, uiteindelijk leidt tot dubbele heffing van omzetbelasting. Het lijkt mij evident dat dit niet een wenselijke situatie is.

2. Maatstaf van heffing voor de omzetbelasting

De maatstaf van heffing die in de omzetbelasting wordt gehanteerd bij de levering van goederen en bij het verrichten van diensten (de 'binnenlandse' belastbare feiten) is de *vergoeding*, of – zoals de Btw-richtlijn het in art. 73 uitdrukt – 'alles wat de leverancier of dienstverrichter voor deze handelingen als tegenprestatie verkrijgt of moet verkrijgen van de zijde van de afnemer of van een derde'. Ook voor de intracommunautaire verwerving van goederen – zeg maar: de 'invoer' van goederen uit andere lidstaten –

¹ Mariken van Hilten is bijzonder hoogleraar indirecte belastingen aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

² Op Europees niveau Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006, *PbEU* L 347 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (hierna: 'Btw-richtlijn'), op nationaal niveau de Wet op de omzetbelasting 1968.

geldt deze grondslag als maatstaf van heffing (zie art. 83 van de Btw-richtlijn), zij het dat er in geval van intracommunautaire verwervingen waaraan geen levering ten grondslag ligt, zoals bijvoorbeeld bij de overbrenging door een ondernemer van eigen goederen naar een andere lidstaat, als maatstaf van heffing de aankoopprijs van de goederen of van soortgelijke goederen wordt gehanteerd, of bij gebreke van een aankoopprijs, de kostprijs van de goederen.³

Bij de invoer van goederen geldt evenwel een andere maatstaf van heffing. Daarvoor wordt aangesloten bij het douanerecht. In art. 85 van de Btw-richtlijn is deze maatstaf als volgt omschreven⁴:

“Voor de invoer van goederen is de maatstaf van heffing de waarde die in de geldende communautaire bepalingen als de douanewaarde wordt omschreven”.

Om de maatstaf van omzetbelastingheffing bij invoer te bepalen moet derhalve te rade worden gegaan bij de ‘geldende communautaire bepalingen’ ter zake. Deze kunnen worden gevonden in het zogenoemde communautair douanewetboek (hierna: ‘cdw’).⁵

3. Maatstaf van heffing in het douanerecht

3.1. Drie methoden van waardevaststelling (artikelen 29-31 van het cdw)

In het douanerecht is de maatstaf van heffing geregeld in de artikelen 29 en verder van het cdw. Die maatstaf van heffing is de ‘douanewaarde’, die in art. 29 van het cdw is geformuleerd als de *transactiewaarde* van de ingevoerde goederen, hetgeen, aldus genoemde bepaling, wil zeggen de voor de goederen werkelijk betaalde of te betalen prijs indien zij voor uitvoer naar het douanegebied van de Gemeenschap⁶ worden verkocht. In het derde lid van art. 29 is toegelicht wat moet worden verstaan onder

3 Volledigheidshalve: indien tegenover een binnenlandse levering of dienst geen vergoeding staat, wordt – uitzonderingen, zoals gebruik van bedrijfsgoederen voor privédoeleinden daargelaten – niet aan heffing van omzetbelasting toegekomen.

4 Op grond van art. 86 van de Btw-richtlijn moet in deze waarde nog een aantal elementen worden opgenomen voor zover zij niet al in de maatstaf is begrepen. Het gaat daarbij om bijkomende kosten, zoals kosten van verpakking, vervoer en kosten van commissie, tot de eerste plaats van bestemming binnen het grondgebied van de lidstaat van invoer, alsmede om verschuldigde rechten en heffingen, ook die ter zake van invoer verschuldigd zijn, doch uitgezonderd de omzetbelasting zelf. In de Wet op de omzetbelasting 1968 is in artikel 19 de maatstaf van omzetbelasting bij invoer geregeld. Ik laat deze elementen hier buiten beschouwing.

5 Verordening van (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek. Uitvoeringsbepalingen met betrekking tot de douanewaarde zijn te vinden in Titel V van Verordening (EEG) nr. 2454/93 van de Commissie van 2 juli 1993 houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (ucdw). Het cdw zou in principe op 24 juni 2013 moeten worden vervangen door de op 23 april 2008 vastgestelde verordening (EG) nr. 450/2008 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (gemoderniseerd douanewetboek). Het is evenwel de vraag of dat zal gebeuren.

6 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009) zouden we eigenlijk ‘Unie’ moeten zeggen, maar het cdw hanteert nog altijd de term Gemeenschap. Ik volg dat na.

de ‘werkelijk betaalde of te betalen prijs’. Ingevolge onderdeel a van art. 29 lid 3 van het cdw is dat:

“(…) de totale betaling die door de koper aan de verkoper of ten behoeve van de verkoper voor de ingevoerde goederen is of moet worden gedaan en omvat [deze] alle betalingen die als voorwaarde voor de verkoop van de ingevoerde goederen, hetzij door de koper aan de verkoper, hetzij door de koper aan een derde ter nakoming van een verplichting van de verkoper, werkelijk zijn of moeten worden gedaan. (...)”.

Soms kan of mag de transactiewaarde evenwel niet gehanteerd worden als maatstaf van heffing. Bijvoorbeeld omdat er in het geheel geen transactie aan de invoer ten grondslag ligt – te denken valt aan de situatie waarin een ondernemer eigen goederen van buiten de EU binnenbrengt – of omdat de verbondenheid tussen de verkoper en de koper invloed heeft gehad op de prijsstelling (zie art. 29 lid 2 onderdeel a, van het cdw).

Voor situaties waarin de transactiewaarde niet als maatstaf van heffing kan of mag worden gehanteerd, geven de artikelen 30 en 31 van het cdw alternatieven. Art. 30 bepaalt dat bij niet-toepasbaarheid van de transactiewaarde een aantal varianten van waardebepaling achtereenvolgens moeten worden gezien, waarbij de eerst mogelijke variant ook moet worden gehanteerd. Deze in art. 30 lid 2 van het cdw vermelde alternatieve douanewaarden zijn:

- de transactiewaarde van *identieke goederen* die voor uitvoer naar de Gemeenschap zijn verkocht en op (nagenoeg) hetzelfde tijdstip zijn uitgevoerd als de goederen waarvoor de waarde moet worden bepaald,
- de transactiewaarde van *soortgelijke goederen* die voor uitvoer naar de Gemeenschap zijn verkocht en op (nagenoeg) hetzelfde tijdstip zijn uitgevoerd als de goederen waarvoor de waarde moet worden bepaald,
- de waarde die berust op de *prijs per eenheid* bij verkoop in de Gemeenschap van de ingevoerde goederen of van ingevoerde identieke of soortgelijke goederen aan niet met de verkopers verbonden personen,
- een *berekende waarde*, bestaande uit de som van – kort gezegd – de materiaalen vervaardigingskosten, plus een winstoverslag, plus de kosten van vervoer en verzekering en daarmee verband houdende kosten tot de plaats van binnenkomst in de Gemeenschap.

En mochten deze in art. 30 van het cdw voorgeschreven alternatieven ook geen soelaas bieden, dan geldt op grond van art. 31 van het cdw dat aan de hand van in de Gemeenschap beschikbare gegevens de douanewaarde van goederen moet worden vastgesteld ‘met gebruikmaking van redelijke middelen’.

In deze bijdrage concentreer ik mij op de hoofdregel voor de vaststelling van de douanewaarde: de transactiewaarde. Ik laat de problematiek rond verbondenheid van personen, het ontbreken van aan de invoer ten grondslag liggende transacties, en de methoden van waardevaststelling op basis van de artikelen 30 en 31 van het cdw – hoeveel daarover ook te vertellen valt – links liggen.

3.2. *Elementen erbij, elementen eraf (artikelen 32-33 van het cdw)*⁷

Wanneer de transactiewaarde wordt gehanteerd als douanewaarde van goederen, is de werkelijk betaalde (of te betalen) prijs niet altijd zonder meer de maatstaf van heffing. Die prijs moet namelijk nog worden verhoogd met daartoe in art. 32 van het cdw genoemde elementen, althans voor zover deze niet al zijn begrepen in de voor de goederen werkelijk betaalde of te betalen prijs. We moeten daarbij denken aan commissies en courtages – met uitzondering overigens van inkoopcommissies –, kosten van verpakking, royalties en licentierechten die de koper als voorwaarde voor de verkoop van de goederen moet betalen, en de kosten van vervoer en verzekering tot de plaats van binnenkomst van de goederen in de Gemeenschap. De in art. 32 van het cdw opgesomde elementen vormen in beginsel een limitatieve lijst: het derde lid van de bepaling schrijft voor dat aan de werkelijk betaalde of te betalen prijs geen elementen worden toegevoegd, behalve die welke in art. 32 genoemd zijn.

Dat neemt niet weg dat in art. 33 van het cdw uitdrukkelijk verschillende elementen zijn opgesomd die geen deel uitmaken van de douanewaarde, mits zij zijn onderscheiden van de voor de ingevoerde goederen werkelijk betaalde of te betalen prijs. Het gaat daarbij onder meer om de kosten van vervoer, van constructiewerkzaamheden, installatie, en montage en dergelijke die na de invoer (de binnenkomst in de Gemeenschap) zijn verricht, om inkoopcommissies en om rente die de koper verschuldigd is in verband met een financieringsovereenkomst die hij in verband met de aankoop van de ingevoerde goederen heeft gesloten. Ook rechten bij invoer en andere belastingen die in de Gemeenschap ingevolge de invoer of de verkoop van de goederen dienen te worden voldaan – denk aan omzetbelasting, accijns – zijn uitdrukkelijk vermeld als niet tot de douanewaarde behorend.⁸

4. **Werkelijk betaalde prijs en aspecten van dienstverlening in de douanewaarde**

4.1. *Elementen van dienstverlening in de douanewaarde op grond van art. 32 van het cdw*

Hoewel de bewoordingen van het cdw suggereren dat bij invoer uitsluitend de goederenprijs als maatstaf van heffing geldt, zien we dat vaak ook de vergoeding voor allerlei (met de levering van de goederen samenhangende) diensten in de douanewaarde wordt begrepen. Dat gebeurt grotendeels op basis van hetgeen in art. 32 van

7 Opvalt dat in het gemoderniseerd douanewetboek – de eerder vermelde verordening (EG) nr. 450/2008 – de bepaling van bij de douanewaarde te tellen elementen en daarvan uit te zonderen aspecten niet meer in het wetboek zelf zijn opgenomen, maar dat de bepaling daarvan aan de Commissie wordt overgelaten. Verwezen zij naar art. 43 aanhef en onderdeel a van het gemoderniseerd douanewetboek.

8 In art. 86 lid 1 aanhef en onder a van de Btw-richtlijn (en in art. 19 van de Wet op de omzetbelasting 1968) is overigens uitdrukkelijk bepaald dat invoerrechten e.d. wel tot de maatstaf van heffing bij invoer van omzetbelasting behoren. De btw bij invoer wordt derhalve geheven over de transactiewaarde plus de ter zake van de invoer verschuldigde invoerrechten en – in voorkomende gevallen – accijns.

het cdw is bepaald. Zo zijn – om maar een paar voorbeelden te noemen – royalties en licentierechten (bij te tellen op grond van art. 32 lid 1 onderdeel c van het cdw) te beschouwen als de vergoeding voor het verlenen van rechten met betrekking tot de goederen, zijn de op grond van art. 32 lid 1 onderdeel a, van het cdw bij te tellen commissies in wezen vergoedingen voor intermediairdiensten,⁹ terwijl de kosten van vervoer en verzekering (zie art. 32 lid 1 onderdeel e van het cdw) de vergoeding vormen voor het vervoer van de goederen respectievelijk de verzekering daarvan.

4.2. *Elementen die deel uitmaken van de betaling voor de verkoop*

Ook in de jurisprudentie van het HvJ EU zijn echter voorbeelden te vinden van vergoedingen voor diensten die in de douanewaarde worden begrepen als deel uitmakend van de werkelijk te betalen prijs. Het gaat daarbij om vergoedingen ('kosten') die *niet* in art. 32 van het cdw zijn opgenomen, maar waarvan het HvJ EU oordeelt dat zij – in de omstandigheden van de voorgelegde zaken – behoren tot de 'betaling die als voorwaarde van de verkoop van de goederen aan de verkoper' moeten worden gedaan en die daarom 'intrinsiek' tot de transactiewaarde worden geacht te behoren.

– 'Honinganalyse'

Ik vermeld in deze context allereerst het arrest van het HvJ EG van 19 oktober 2000, nr. C-15/99 (*Sommer*). Daarin was onder meer aan de orde de vraag of tot de douanewaarde de kosten moesten worden gerekend van analyses, die de verkoper naast de prijs voor de goederen – het ging om honing uit Rusland die in Duitsland werd ingevoerd – had berekend. De betreffende analyses dienden ertoe te bewijzen dat de ingevoerde honing voldeed aan de kwaliteitseisen van de Duitse regelgeving. Het Hof van Justitie oordeelde dat de analyses een voorwaarde voor de verkoop vormden en daarom tot de transactiewaarde moesten worden gerekend. Doorslaggevend daartoe was dat de analyses noodzakelijk waren om de goederen overeenkomstig de contractuele bepalingen te kunnen leveren (de verkoper had zich verbonden om honing te leveren die aan de Duitse kwaliteitseisen voldeed). Dat betekent in concreto dat de vergoeding voor het analyseren van de honing in de douanewaarde werd begrepen.

– *Contactlenzen en consult*

Iets vergelijkbaars deed zich voor in de zaak die leidde tot het arrest van het HvJ EG van 23 februari 2006, nr. C-491/04 (*Dollond & Aitchison*). Centraal in dat arrest stond een groep van opticiens. Eén van de groepsvennootschappen, gevestigd op Jersey,¹⁰ leverde per post en in de vorm van abonnementen vanuit Jersey wegwerpcontactlenzen aan klanten in het Verenigd Koninkrijk. De abonnees betaalden maandelijks

⁹ In artikel 32, lid 4, van het cdw gedefinieerd als 'de door een importeur aan zijn agent betaalde vergoedingen voor de dienst die erin bestaat hem te vertegenwoordigen bij de aankoop van de goederen waarvan de waarde moet worden bepaald'. Zie ook HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-299/90 (*Hepp*).

¹⁰ Jersey behoort voor het douanerecht tot het grondgebied van de Unie, maar voor de omzetbelasting niet. Goederen die vanuit Jersey binnenkomen, worden derhalve voor de omzetbelasting ingevoerd, terwijl zij voor de toepassing van het douanerecht in het vrije verkeer van de Unie zijn.

een vast bedrag aan de opticiens in Jersey, in ruil waarvoor zij periodiek wegwerplenzen en de voor het onderhoud daarvan benodigde vloeistoffen en lenshouders ontvingen. De prijs omvatte bovendien een consult van een opticien, minstens één keer per jaar een controle van de lenzen, en alle andere nazorg in verband met het gebruik van de lenzen. Die dienstverlening werd door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde opticiens verzorgd. Ook in dit geval oordeelde het Hof van Justitie dat de douanewaarde de kosten van de diensten (het consult, de controle etc.) omvatte omdat het deze dienstverlening beschouwde als voorwaarde voor de verkoop van de ingevoerde goederen. Bij de invoer van de lenzen moest derhalve omzetbelasting voldaan worden over de prijs van de lenzen plus de prijs van de (na)zorg.

Opvallend in dit arrest is vooral dat het HvJ EG uitdrukkelijk oordeelt dat voor de omzetbelasting bij invoer de criteria die hij in zijn arrest van 25 februari 1999, nr. C-349/96 (*CPP*), had gegeven ter beantwoording van de vraag of een combinatie van prestaties voor de heffing van omzetbelasting moet worden beschouwd als verschillend te behandelen leveringen en/of diensten, dan wel als één enkele prestatie, niet van toepassing zijn.

Dat brengt ons (weer) bij de omzetbelasting in het binnenlandse verkeer.

5. Leveringen van goederen en diensten en combinaties daarvan (omzetbelasting)

Anders dan invoerrechten wordt omzetbelasting niet alleen geheven ter zake van de invoer van goederen. Ook leveringen van goederen worden in de heffing van omzetbelasting betrokken, evenals diensten.

Wanneer het gaat om goederen die geleverd worden en in verband met die levering worden ingevoerd, wordt voorkomen dat in het invoerland tweemaal omzetbelasting wordt geheven doordat de plaats van de levering van goederen (en daarmee het land van belastbaarheid van die levering) wordt gesitueerd in het land van vertrek van de goederen, een enkele hier niet ter zake doende uitzondering daargelaten. Ter zake van de invoer van de goederen wordt dan omzetbelasting geheven, zodat per saldo op de binnenkomende goederen slechts één maal omzetbelasting drukt: die welke ter zake van de invoer is geheven.

Het belastbare feit invoer doet zich echter alleen bij goederen voor. Diensten worden niet ingevoerd, ook niet wanneer zij vanuit het buitenland worden verricht. De plaats van hun belastbaarheid is afhankelijk gesteld van de vestigingsplaats van de afnemer. Sinds 1 januari 2010 is, kort gezegd, de plaats van diensten die door ondernemers aan ondernemers worden verricht, gelegen in het land waar de afnemer is gevestigd (artikel 44 van de Btw-richtlijn), terwijl diensten die aan niet-ondernemers worden verricht op grond van artikel 45 van de Btw-richtlijn in beginsel belastbaar zijn in het land van de dienstverrichter. Op die manier wordt ook ter zake van 'internationale' diensten maar één keer omzetbelasting geheven.

Tot zover loopt alles glad. Complicaties ontstaan echter wanneer een ondernemer – al dan niet tegen één prijs – een samenstel van handelingen verricht, waarin diverse

prestaties kunnen worden onderkend. De vraag is dan of de combinatie moet worden ‘opgeknipt’ in evenzovele verschillende prestaties die allemaal hun eigen ‘btw-technische’ behandeling krijgen, of dat de combinatie één enkele prestatie vormt. En in dat laatste geval is de kwestie nog: wat zijn de gevolgen daarvan voor de heffing van omzetbelasting?

Het Hof van Justitie heeft in zijn – inmiddels uitgebreide¹¹ – rechtspraak hieromtrent aanwijzingen gegeven. Uit die rechtspraak (die ik hierna, naar het ‘sleutelarrest’, aanduid als ‘CPP-jurisprudentie’) volgt dat bij de beoordeling van een combinatie van prestaties als uitgangspunt heeft te gelden dat elke prestatie afzonderlijk en zelfstandig in aanmerking wordt genomen, maar dat het ook niet de bedoeling is dat een handeling die economisch gezien uit één prestatie bestaat, kunstmatig uit elkaar wordt getrokken. Van niet uit elkaar te trekken handelingen is in de eerste plaats sprake als het samenstel van die handelingen, objectief beschouwd, één onsplitsbaar geheel vormt. Te denken valt aan de huisarts die een injectie toedient: het lijkt mij evident dat het uitsplitsen van deze handeling in de levering van het vaccin en de dienst van het injecteren een artificiële exercitie is. Daarnaast is splitsing van een samenstel van prestaties niet aan de orde indien sprake is van een hoofdprestatie met bijkomende ‘franje’ om die hoofdprestatie zo aantrekkelijk mogelijk te maken. Bij de vraag of een combinatie al dan niet gesplitst moet worden is overigens niet doorslaggevend of afzonderlijke vergoedingen zijn overeengekomen voor diverse deelprestaties of dat de afnemer één ‘all-in’ prijs betaalt.

Wordt vastgesteld dat een combinatie van handelingen als één prestatie moet worden aangemerkt, dan zal in geval van een ‘hoofdprestatie-met-franje’ deze de omzetbelasting-technische behandeling van de hoofdprestatie ten deel vallen, is sprake van een economisch onsplitsbaar geheel, waarin zowel levering- als dienstelementen te onderkennen zijn, dan bepaalt het overheersende element (bij de bepaling waarvan kosten, omvang en duur een rol kunnen spelen) of sprake is van een levering dan wel van een dienst, en wat de gevolgen daarvan zijn voor de plaatsbepaling, het tarief en een eventuele bijzondere behandeling (denk aan een vrijstelling).

6. Combinaties van prestaties, invoer en omzetbelasting

Eerder in deze bijdrage kwam al aan de orde dat het gebeurt dat de vergoeding voor (met ingevoerde goederen samenhangende) dienstverlening deel uitmaakt van de douanewaarde en daarmee (ook) van de maatstaf van omzetbelastingheffing bij

11 Behalve het eerdergenoemde arrest *CPP*, kunnen hier genoemd worden de arresten van het HvJ EG van 2 mei 1996, nr. C-231/94 (*Faaborg-Gelting Linien*), 22 oktober 1998, nrs. C-308/96 en C-94/97 (*Madgett & Baldwin/Howden Court Hotel*), 27 oktober 2005, nr. C-41/04 (*Levob*), 6 juli 2006, nr. C-251/05 (*Talacre Beach Caravans*), 29 maart 2007, nr. C-111/05 (*Aktiebolaget NN*), 21 februari 2008, C-425/06 (*Part Service*), 3 april 2008, nr. C-442/05 (*Torgau Westelbien*), 11 juni 2009, nr. C-572/07 (*Tellmer Property*), 19 november 2009, nr. C-461-08 (*Don Bosco*) en HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-88/09 (*Graphic Procédé*), 6 mei 2010, nr. C-94/09 (*Commissie/Frankrijk*), 28 oktober 2010, nr. C-175/09 (*Denplan*), 2 december 2010, nr. 276/09 (*Everything Everywhere*) en 10 maart 2011, nrs. C-497/09, C-499/09, C-501/09 en C-502/09 (*Bog e.a.*). De in deze paragraaf geschetste criteria voor splitsing (of juist niet) zijn alle afkomstig uit één of meer van deze arresten.

invoer. In deze gevallen bestaat het risico van dubbele heffing. Het is immers geen gegeven dat de dienst waarvoor de vergoeding in de douanewaarde wordt begrepen, niet (ook) – op grond van de in *CPP*-jurisprudentie ontwikkelde criteria – voor de heffing van omzetbelasting afzonderlijk in aanmerking moet worden genomen. Doet zich dit voor, dan wordt per saldo over de dienst twee maal omzetbelasting geheven: eenmaal als onderdeel van de douanewaarde bij invoer en eenmaal op ‘eigen merites’. Gaat het om prestaties in de ‘belaste’ ondernemerssfeer, dan zal de omzetbelasting door de werking van het aftrekrecht weliswaar niet daadwerkelijk drukken, maar is de afnemer een niet aftrekgerechtigde – een particulier of een ‘vrijgestelde’ ondernemer – dan wordt niet aan dubbele omzetbelastingdruk ontkomen. Neem het voorbeeld van de contactlenzen uit het arrest *Dollond & Aitchison* dat in punt 4.2 aan de orde was. Het Hof van Justitie besliste in die zaak dat de prijs van de dienstverlening (het consult, de nazorg) in de douanewaarde van de contactlenzen moest worden begrepen. Daarmee is de dienstverlening in de heffing van omzetbelasting betrokken. Het is evenwel heel goed mogelijk dat de (Britse) belastinginspecteur die voor de heffing van omzetbelasting van de (dienstverlenende) Britse opticien bevoegd is, zich op het standpunt stelt dat het consult, het onderzoek en de verdere nazorg, afzonderlijk in aanmerking te nemen diensten zijn waarover omzetbelasting is verschuldigd. De *CPP*-jurisprudentie sluit deze uitlegging niet uit. Bij de, niet denkbeeldige, aanvaarding van dat standpunt wordt de dienstverlening twee keer in de heffing betrokken: één keer als onderdeel van de douanewaarde en één keer als zelfstandige dienst. Een ander voorbeeld waarin zich mogelijk dubbele heffing voordoet, is de casus van het arrest *Levob*. In dit arrest moest worden beoordeeld of de verstrekking van vanuit de Verenigde Staten binnengebrachte software die nadien specifiek werd aangepast aan de behoeften van de koper (verzekeraar *Levob*) een levering van standaardsoftware vormde of dat sprake was van een ‘totaaldienst’, bestaande uit de verstrekking van de standaardsoftware plus de dienst bestaande in de – nogal prijzige – aanpassing van die software. Het Hof van Justitie oordeelde dat sprake was van één onsplitsbare prestatie die als dienst moest worden aangemerkt en als zodanig in de (Nederlandse) omzetbelastingheffing moest worden betrokken. Het is mij niet bekend of bij de invoer van de ‘standaard’-software omzetbelasting is voldaan, en zo ja, waarover. Ik vermoed dat ter zake van invoer van de software geheven is. De waarde van die software zal echter ook begrepen zijn in de totaaldienst die in het binnenland belastbaar werd geacht. Ook hier vermoed ik derhalve dubbele heffing: als verzekeraar zal *Levob* voor het grootste deel van haar prestaties vrijgesteld zijn geweest,¹² zodat zij de ter zake van de invoer en de dienstverlening verschuldigde omzetbelasting niet in aftrek kon brengen.

12 Zie art. 135 lid 1 aanhef en onder a van de Btw-richtlijn, respectievelijk art. 11 lid 1 aanhef en onderdeel k van de Wet op de omzetbelasting 1968.

7. Conclusie

Bij invoer van goederen wordt omzetbelasting geheven over de douanewaarde, zoals die ook voor de heffing van invoerrechten geldt. Wanneer de heffing – of liever: de maatstaf van heffing – zich beperkt tot de (transactie)waarde van de ingevoerde goederen, is dat heel praktisch. Problemen kunnen evenwel ontstaan wanneer ook de vergoeding voor dienstverlening die met de ingevoerde goederen samenhangt, in de douanewaarde wordt begrepen. Omdat het Hof van Justitie bij de bepaling van de douanewaarde nadrukkelijk de criteria naast zich neerlegt, die het in de *CPP*-jurisprudentie heeft ontwikkeld ten aanzien van de omzetbelastingbehandeling van combinaties van prestaties, is niet uitgesloten dat bij invoer van goederen de dienstverlening die met die goederen samenhangt, tot de maatstaf van heffing bij invoer (de douanewaarde) wordt gerekend, terwijl de – in het binnenland belastbare – dienstverlening ook nog eens afzonderlijk in de heffing wordt betrokken. Dat levert dubbele omzetbelastingheffing op. En dubbele heffing dient te allen tijde vermeden te worden.

Om deze dubbele heffing te voorkomen zouden drie wegen bewandeld kunnen worden.

In de eerste plaats is denkbaar dat de maatstaf van heffing bij invoer in de omzetbelasting wordt losgekoppeld van de maatstaf van heffing die voor het douanerecht van toepassing is. Op die manier zou kunnen worden bewerkstelligd dat het dienstenelement dat voor de douanerechten (soms) in de heffing bij invoer wordt betrokken, daar voor de heffing van omzetbelasting buiten blijft. Gedacht kan dan worden aan de maatstaf van heffing die thans in het binnenland wordt gehanteerd voor intracommunautaire verwervingen: de vergoeding dan wel, bij gebreke daaraan, de prijs van soortgelijke goederen of de kostprijs van de goederen.

Een andere mogelijkheid zou zijn dat bepaald wordt dat als kosten voor dienstverlening in de douanewaarde – en dus in de maatstaf van heffing bij invoer van de goederen – zijn betrokken, daarmee tevens vaststaat dat de dienstverlening in kwestie niet meer afzonderlijk in de heffing van omzetbelasting wordt betrokken.

Ten slotte, maar die optie lijkt sterk op de tweede, zou het Hof van Justitie kunnen terugkomen op zijn beslissing dat de *CPP*-criteria bij de bepaling van de maatstaf van heffing bij invoer niet relevant zijn. Zou het zo zijn dat de *CPP*-criteria ook bij invoer gelden, en zou aan de hand daarvan bepaald worden dat sprake is van ‘afzonderlijke’ dienstverlening, dan zou die dienstverlening ook in het binnenland afzonderlijk in de heffing moeten worden betrokken, terwijl in het omgekeerde geval (één prestatie), ook in het binnenland niet geheven zou moeten worden. Deze laatste twee opties vergen overigens wel afstemming tussen de voor invoer en de voor dienstverlening bevoegde onderdelen van de Belastingdienst.

8. Aanbeveling

Aangezien het in Europees verband, op zijn zachtst gezegd, niet eenvoudig is om tot wijzigingen in (Europese) belastingregelgeving te komen – unanimitéit van inmiddels

27 lidstaten is vereist – verwacht ik niet dat de hiervoor als eerste geschetste optie een begaanbare weg zal zijn. En hoewel het wel eens is gebeurd dat het Hof van Justitie ‘om ging’¹³, ligt het ook niet echt in de lijn der verwachting dat het Hof van Justitie op zijn schreden zal terugkeren wat betreft de niet-toepasbaarheid van de *CPP*-criteria op de omzetbelasting bij invoer. Rest de mogelijkheid dat de Belastingdienst afziet van heffing van omzetbelasting ter zake van diensten waarvan de vergoeding al in de douanewaarde is betrokken. Dat vergt samenwerking tussen de Douane (de ‘groene’ dienst) en de ‘binnenlandse’ Belastingdienst (de ‘blauwe dienst’), al dan niet op initiatief van de belastingplichtige die met een mogelijke dubbele heffing wordt geconfronteerd. Een dergelijke samenwerking beveel ik van harte aan.

13 Zo kwam het HvJ EG in zijn arrest van 7 september 1999, nr. 216/97 (*Gregg & Gregg*) terug op zijn beslissing in het arrest van 11 augustus 1995, nr. 453/93 (*Bulthuis-Griffioen*).

Raad van State en delegatie

Wetgeving bij decreet?

mr. drs. Tj. Hoekstra¹

1. Inleiding

Nederland wordt vaak toegedicht over een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor ondernemingen te beschikken.² Naast factoren als een goede fysieke infrastructuur, een hoogopgeleide beroepsbevolking met een goede talenkennis en een relatief stabiel sociaal-politiek klimaat, is voor een goed vestigingsklimaat voor ondernemingen een belangrijke voorwaarde het hebben van deugdelijke, consistente en voorspelbare wetgeving. Daaraan wordt afbreuk gedaan door het in strijd met het zogenoemde legaliteitsbeginsel toekennen van terugwerkende kracht aan wettelijke bepalingen of het, al dan niet in afwijking van formele wetgeving, stellen van regels via door het Ministerie van Financiën uitgevaardigde persberichten. Dit beginsel is daarmee niet alleen een rechtsstatelijkheid beginsel, maar ook een essentieel onderdeel van het geheel van factoren dat tezamen maakt dat een land beschikt over een aantrekkelijk vestigingsklimaat. Het met name in de strafrechtwetenschap gehanteerde adagium *'nulla poena sine lege'* (geen straf zonder wet) geeft uitdrukking aan het legaliteitsbeginsel. Dat dit beginsel ook geldt in het belastingrecht moge blijken uit de Grondwet. In art. 104 Gw is geregeld dat belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet. In 1947 vatte een Zweedse rechtsgeleerde dit beginsel samen met de spreuk *'nullum tributum sine lege'* (geen belasting zonder wet).³

Dat art. 104 Gw geen verbod inhoudt om regelingen op het gebied van het belastingrecht vast te laten stellen door een ander dan de formele wetgever, wordt heden ten dage door geen enkele auteur nog betwist.⁴ Zo is het volstrekt legitiem indien fiscale uitvoeringsvoorschriften in bepaalde gevallen niet worden vastgelegd in een

¹ Tjeerd Hoekstra is als onderzoeker en docent Formeel belastingrecht verbonden aan de Afdeling notarieel en fiscaal recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

² Zie bijvoorbeeld het gastcollege dat de staatssecretaris van Financiën in februari 2004 heeft gegeven op de Vrije Universiteit als aftrap van de nota 'Werken aan winst. Naar een laag tarief en een brede grondslag' (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 107, nr. 2). Een verslag van dit college is te vinden in: P.F.E.M. Merks, 'De wet van de remmende voorsprong. Staatssecretaris Wijn op de Vrije Universiteit te Amsterdam: "Door modernisering van VPB blijft Nederland in kopgroep"', *WFR* 2004/6569, p. 457-458.

³ S. Ljungman, *Om skattefordran och skatterestitution*, Uppsala: Almqvist & Wiksellboktryckeri 1947, p. 21-22.

⁴ Zie: D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 793-794; *Delegatie van wetgevende bevoegdheid. Rapport van de Commissie ter bestudering van delegatie van wetgevende bevoegdheid in het belastingrecht* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 131), Deventer: Kluwer 1972, p. 6.

door de regering en Staten-Generaal vastgestelde wet, maar dat deze worden geregeld bij algemene maatregel van bestuur of zelfs door middel van een ministeriële regeling. De vraag is echter *in welke mate* art. 104 Gw delegatie van regelgevende bevoegdheid toelaat. Volgens Oud is de formele wetgever volkomen vrij om op het gebied van de belastingheffing zoveel te delegeren als hij wenst; art. 104 Gw bepaalt volgens hem slechts dat de wet tot het doen van een heffing moet machtigen.⁵ Indien deze visie wordt doorgetrokken, zou een inkomstenbelastingwet met uitsluitend de volgende drie artikelen tot de mogelijkheden behoren:

Art. 1

Onder de naam inkomstenbelasting wordt een belasting geheven van natuurlijke personen.

Art. 2

Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot de in artikel 1 bedoelde belasting.

Art. 3

Deze wet wordt aangehaald als: Wet inkomstenbelasting 2012.

Hoewel weinigen bovenstaande Wet inkomstenbelasting 2012 aanvaardbaar zouden achten, laat de vraag met betrekking tot welke zaken delegatie van regelgevende bevoegdheid wél aanvaardbaar is, zich niet eenvoudig beantwoorden.

In deze bijdrage ga ik in op de visie van de Raad van State over deze problematiek. Wetsvoorstellen vanwege de regering dienen in het Nederlandse staatsbestel vóór indiening bij de Tweede Kamer ter advisering te worden voorgelegd aan de Raad van State.⁶ In een artikel in het *Weekblad fiscaal recht* ben ik ingegaan op de rol van de Raad van State bij de totstandkoming van fiscale wetgeving.⁷ Hieronder belicht ik de standpunten van de Raad over het gebruik van delegatie in fiscale wetgeving. Na het geven van een overzicht van de delegatieterminologie in de Grondwet (§ 3), de delegatie in belastingwetgeving (§ 4) en een uiteenzetting van het begrippenkader (§ 5), wordt in § 6 een analyse gemaakt van de visie van de Raad van State op het gebruik van delegatie in fiscale wetgeving. Ook wordt nagegaan op welke wijze door de staatsecretaris van Financiën gereageerd wordt op opmerkingen van de Raad van State hieromtrent (§ 7).

5 P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 524. Opmerkelijk is overigens dat bij de behandeling van een wetsvoorstel dat het mogelijk moest maken bij AMvB regels te stellen ten aanzien van de belastingheffing van niet in het Rijk wonende Nederlanders, Oud zich als Tweede Kamerlid juist beroept op het feit dat de Grondwet voorschrijft dat belastingen niet worden geheven dan krachtens de wet (*Handelingen II* 1927/28, 61, p. 1833).

6 De Grondwet laat in artikel 73 uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de adviezen van de Raad van State worden gegeven door een zelfstandig adviserende Afdeling wetgeving. Met ingang van 1 september 2010 wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en is het dus niet langer de zogenoemde volle raad (ook wel 'algemene vergadering' of 'raad in pleno' genoemd) die de wetgevingsadviezen vaststelt, maar de Afdeling wetgeving (wet van 22 april 2010 tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State, *Stb.* 2010, 175).

7 Tj. Hoekstra, 'De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving', *WFR* 2006/6668, p. 462-474.

2. Delegatieterminologie Grondwet

Het woord ‘delegatie’ komt als zodanig in de Grondwet geen enkele keer voor. Wel geeft zij door middel van een bepaalde woordkeuze aan of delegatie door de wetgever al dan niet geoorloofd is. In deze terminologie geven woorden als ‘regelen’ en ‘regels’ (‘de wet regelt’, ‘de wet geeft regels’, ‘de wet kan regels stellen’) dan wel de zinsnede ‘bij of krachtens de wet’ aan dat delegatie geoorloofd is. Hierbij wordt overigens geen onderscheid gemaakt naar de mate waarin deze delegatie mag plaatsvinden, zodat in beginsel onbeperkte delegatie mogelijk is. Is geen van deze ‘constructies’ gebruikt, maar is bijvoorbeeld gekozen voor ‘de wet bepaalt’ of ‘de wet schrijft voor’, dan dient de formele wetgever zelf in de betreffende aangelegenheid te voorzien en is delegatie in beginsel niet toegestaan.⁸

Ten aanzien van belastingheffing is in art. 104 Gw gekozen voor de niet binnen deze delegatieterminologie passende redactie “*Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet*”, een formule die is terug te voeren op de tekst van de Grondwet uit 1815. Schlette komt door middel van een wetshistorische, grammaticale, systematische én teleologische interpretatie tot de conclusie dat belastingen, “voor zover het de essentialia daarvan betreft [moeten] worden geheven door een wet, dus door Koning en Staten-Generaal gezamenlijk worden opgelegd. Detailkwesties, niet de essentialia rakend, kunnen worden gedelegeerd. Onder de essentialia van een belastingwet vallen het belastingsubject, het belastingobject, het nauwkeurig bepaalde tarief, de datum van ingang der wet, de termijnen waarbinnen de belasting moet worden voldaan en de mogelijkheid van beroep tegen een aanslag.”⁹

In 1979 heeft de regering getracht de zinsnede “uit krachte van eene wet” te wijzigen door in art. 104 Gw op te nemen: “Belastingen (...) van het Rijk worden bij de wet geregeld”.¹⁰ Deze redactie past binnen de huidige delegatieterminologie van de Grondwet, maar opent tevens een onbeperkte mogelijkheid tot delegatie van belastingwetgeving. De Raad van State geeft in zijn advies bij dit wetsvoorstel aan zich niet te kunnen vinden in deze onbeperkte mogelijkheid tot delegatie. Hij wijst daarbij op het van oudsher geldende principe dat belastingwetgeving slechts op rechtvaardige wijze tot stand kan komen als deze in het openbaar en in gemeen overleg met de gekozen vertegenwoordigers van het volk tot stand komt.¹¹ Uiteindelijk wordt de door de regering voorgestelde wijziging niet tot wet verheven, maar blijft de zinsnede “uit kracht van een wet” intact, doordat een door vrijwel elke fractie ondertekend amendement van deze strekking met algemene stemmen wordt aangenomen.¹² In de toelichting op dat amendement wordt aangegeven dat het tot doel heeft tot uitdrukking te brengen dat met delegatie in de belastingwetgeving met grote

8 Een uitgebreide beschouwing omtrent de delegatieterminologie in de Grondwet is te vinden in: J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie. Het delegatievraagstuk in constitutioneel perspectief* (diss. Maastricht), z.p.: Koninklijke Vermande 1995.

9 J.A. Schlette, *Delegatie in het Nederlandse belastingrecht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1963, p. 120.

10 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 575, nr. 1-2.

11 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 575, nr. 4, p. 9.

12 *Handelingen II* 1979/80, 91, p. 5396.

terughoudendheid moet worden omgegaan. “Toekenning van een legislatieve macht aan de Regering in fiscalibus is ongewenst voor zover het betreft de elementen van het belastbaar feit, de basis van het tarief en de kring van de belastingplichtigen. Een ruime bevoegdheid tot delegatie zou de mogelijkheid openen dat afbreuk wordt gedaan aan het van oudsher hier te lande en ook elders gehuldigde beginsel dat geen belasting wordt geheven zonder consent van de wetgever.”¹³

3. Delegatie in belastingwetgeving

Ondanks de normstelling van art. 104 Gw kan gesteld worden dat de laatste decennia in het belastingrecht delegatie van regelgevende bevoegdheden sterk is toegenomen.¹⁴ Van Overbeeke wijst erop dat door middel van raamwetgeving en delegatie van wetgevende macht het beleid verlegd wordt naar de uitvoerende macht.¹⁵ Illustratief hierbij is de Wet op de loonbelasting 1964; bij de invoering ervan kwamen de woorden ‘algemene maatregel van bestuur’ in totaal acht keer voor,¹⁶ terwijl zij in de huidige wet 28 keer opgenomen zijn.¹⁷ Ook de regering constateert dat delegatie van belastingwetgeving, zelfs als het gaat om essentiële elementen, zich veelvuldig voordoet. De erkenning van deze realiteit was één van haar argumenten om art. 104 Gw te wijzigen. Handhaving van de aparte grondwettelijke omschrijving van de delegatiebevoegdheid bij belastingwetgeving zou “in de praktijk toch niet over de gehele linie (...) kunnen worden gehandhaafd”.¹⁸

Wattel is zelfs van mening dat het grondwetsartikel in het geheel geen praktische betekenis meer heeft.¹⁹ In zijn oratie gaat Brenninkmeijer nog verder door te spreken over de ‘*duas politica*’ in plaats van de trias politica. Hij wijst erop dat sinds de Tweede Wereldoorlog de verhouding tussen de wetgever, het bestuur en de rechter geleidelijk is gewijzigd, in de zin dat het bestuur, mede als gevolg van de toegenomen delegatiebepalingen in de wet, meer en meer is gaan opereren als wetgever.²⁰ Tot slot wijzen Happé en Pauwels in een recente studie op de toenemende macht van de belastingdienst. Zij menen dat de belastingdienst bij de toepassing van de belastingwetgeving zich meer macht toe-eigent dan hem strikt genomen door de formele wetgever is toegekend.²¹

¹³ *Kamerstukken II* 1979/80, 15 575, nr. 10.

¹⁴ E.J. Janse de Jonge, Artikel 104, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 498.

¹⁵ M.P. van Overbeeke, ‘Verzorgingsstaat en belastingrecht’, in: *Van Dijkbundel. Opstellen aangeboden aan Prof. Dr. J.E.A.M. van Dijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Uitgeverij FED 1988, p. 277.

¹⁶ Wet op de loonbelasting 1964, zoals de tekst van deze wet is geplaatst bij de beschikking van de Minister van Justitie a.i. van 18 december 1964, *Stb.* 1969, 521.

¹⁷ Wet op de loonbelasting 1964, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 december 2011, *Stcrt.* 2011, 22888.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 575, nr. 3, p. 5 (MvT).

¹⁹ P.J. Wattel, ‘No taxation without representation’, in: A.W. Heringa, C.H.A. Litjens & R.E. de Winter, *Verhalen over de Grondwet. Ter gelegenheid van het tienjarig jubileum van de Grondwet. 1983-1993*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1993, p. 116-121.

²⁰ A.F.M. Brenninkmeijer, *Gedeelde rechtsorde* (oratie Leiden), Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1997, p. 45.

²¹ R.H. Happé & M.R.T. Pauwels, ‘Balancing of Powers in Dutch Tax Law: General Overview and Recent Developments’, in: C. Evans, J. Freedman & R. Krever (red.), *The Delicate Balance. Tax, Discretion and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD 2011, p. 223-254.

4. Begrippenkader

4.1. Grondwettelijk delegatiebegrip vs. delegatie in de Awb

Het begrip delegatie wordt in de Algemene wet bestuursrecht gedefinieerd als: *het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent* (art. 10:13 Awb). In afdeling 10.1.2 van deze wet worden algemene regels omtrent delegatie gegeven. Zo is delegatie aan ondergeschikten niet toegestaan (art. 10:14 Awb), kan delegatie slechts geschieden indien daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien (art. 10:15 Awb) en is er sprake van zogenoemde privatieve werking (de delegans kan de gedelegeerde bevoegdheid niet meer zelf uitoefenen, art. 10:16 lid 2 Awb). Hoewel het hierbij veelal zal gaan om delegatie van bestuursbevoegdheden, maakt de wet geen onderscheid tussen deze vorm van delegatie en delegatie van wetgevende bevoegdheden.

Aangezien ex art. 1:1 lid 2a Awb de formele wetgever niet aangemerkt wordt als bestuursorgaan, gelden de bepalingen omtrent delegatie in de Algemene wet bestuursrecht echter niet ten aanzien van (belasting)wetten in formele zin. Delegatie door de formele wetgever wordt slechts beperkt door de bepalingen hieromtrent in de Grondwet. Doordat de lagere regelgevers zoals de Kroon en de minister wél kwalificeren als bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, gelden ten aanzien van delegatiebepalingen in AMvB's en ministeriële regels de in de Algemene wet bestuursrecht gestelde regels in beginsel onverkort.²²

In het kader van deze bijdrage lijkt Hofstra's definitie van delegatie een bruikbare. Volgens hem is in het belastingrecht sprake van delegatie indien "het tot belastingheffing bevoegde orgaan de uitwerking van bepaalde, in zijn wettelijke regeling omschreven, onderwerpen, opdraagt of overlaat aan een ander overheidsorgaan, dat zonder deze uitdrukkelijke opdracht of machtiging de bevoegdheid daartoe mist".²³

4.2. Geclausuleerde delegatie

Het nadeel dat bij delegatie de volksvertegenwoordiging buiten spel gezet wordt, kan ondervangen worden door middel van zogenoemde geclausuleerde delegatie.²⁴ Hierbij kunnen vier methoden worden onderscheiden: gecontroleerde delegatie, tijdelijke delegatie, voorwaardelijke delegatie en delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet.

22 Zie voor de beantwoording van de vraag of delegatie van regelgevende bevoegdheid ongedaan kan worden gemaakt doordat de delegans weer zelf regels gaat geven op het gebied waar het die bevoegdheid heeft gedelegeerd: S.E. Zijlstra e.a., *Mandaat en delegatie* (serie Algemeen bestuursrecht 2001, nr. 5), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 242-244.

23 R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht* (Fiscale Handboeken, nr. 1; oorspronkelijk geschreven door prof. mr. H.J. Hofstra), Deventer: Kluwer 2010, p. 161.

24 D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 678.

Bij *gecontroleerde delegatie* worden voorschriften bij lagere regeling vastgesteld, maar wordt het voorontwerp daarvan ter kennis van het parlement gebracht. Vervolgens krijgt dat parlement enige tijd om opmerkingen over het ontwerp te maken (Ar 36).

Tijdelijke delegatie houdt in dat de lagere regeling op korte termijn vervangen zal gaan worden door een wet in formele zin (Ar 38). Een daartoe strekkend wetsvoorstel dient dan zo spoedig mogelijk te worden ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Indien het voorstel wordt aangenomen, wordt de lagere regeling ingetrokken op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet; indien het voorstel niet wordt aangenomen dan wel wordt ingetrokken, dient de lagere regeling onverwijld te worden ingetrokken (Ar 39).

Voorwaardelijke delegatie kenmerkt zich door het toekennen van de bevoegdheid aan (een gedeelte van) de Staten-Generaal om vóór de inwerkingtreding van de lagere regeling te bepalen dat de betrokken regeling alsnog bij wet moet worden vastgesteld (Ar 42). Een voorbeeld van voorwaardelijke delegatie vinden we in de loonbelasting voor wat betreft de heffing bij grensoverschrijdende evenementen van artiesten en beroepssporters (art. 35a lid 2 Wet LB 1964) en buitenlandse gezelschappen (art. 35h lid 2 Wet LB 1964). In de wet wordt namelijk aan de regering de ruimte geboden om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen, maar deze AMvB treedt pas in werking “op een tijdstip dat nadat vier weken na de overlegging [aan de beide kamers der Staten-Generaal] zijn verstreken bij koninklijk besluit wordt vastgelegd, tenzij binnen die termijn door of namens een der kamers of door ten minste een vijfde van het (...) aantal leden (...) de wens te kennen wordt gegeven dat het onderwerp van de algemene maatregel van bestuur bij wet wordt geregeld.” Van deze door de formele wetgever geboden mogelijkheid is door de regering overigens (nog) niet gebruik gemaakt.

Bij *delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet* wordt zo spoedig mogelijk een voorstel van wet tot goedkeuring van de lagere regeling aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal gezonden. Indien het voorstel niet wordt aangenomen dan wel wordt ingetrokken, dient de lagere regeling onverwijld ingetrokken te worden (Ar 40).

Dat bovenstaande indeling van geclausuleerde delegatie in vier methoden niet altijd eenduidig wordt toegepast, moge blijken uit een ander fiscaal voorbeeld. In het op grond van art. 15 Wet VPB 1969 tot stand gebrachte Besluit fiscale eenheid 2003 werden – voor zover niet neergelegd in de formele wet – de zogenoemde standaardvoorwaarden gecodificeerd. Bij de totstandkoming van deze algemene maatregel van bestuur was sprake van een afgezwakte vorm van gecontroleerde delegatie. In overeenstemming met art. 15 lid 11 Wet VPB 1969 was het namelijk niet het voorontwerp van de algemene maatregel van bestuur dat ter kennis van het parlement werd gebracht, maar de reeds vastgestelde, zij het nog niet in werking getreden, AMvB.²⁵

25 Besluit van 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, *Stb.* 2002, 646.

5. Advisering Raad van State

De toetsing van de Raad van State voor wat delegatievraagstukken betreft, geschiedt binnen het bredere kader van het uitgangspunt van het *primaat van de wetgever*. Hoewel in landen met een zogenoemd stelsel van ‘common law’ het zwaartepunt van de rechtsvorming ligt bij de rechter, wordt in Nederland nog altijd de (formele) wetgever beschouwd als ‘hoogste’ macht.²⁶ Het zal duidelijk zijn dat ruime delegatiebepalingen zich slecht verhouden met dit uitgangspunt.

In de in 1994 tot en met 2011 uitgebrachte adviezen over fiscaalrechtelijke wetsvoorstellen heeft de Raad van State 124 opmerkingen gemaakt op het gebied van de juridische figuur van delegatie in de bredere context van het uitgangspunt van het *primaat van de wetgever*. Aan de hand van deze adviesopmerkingen heb ik het toetsingskader geconstrueerd dat de Raad hierbij hanteert. In de volgende subparagrafen wordt een overzicht gegeven van dit toetsingskader. Hoewel de Raad van State ook adviseert bij algemene maatregelen van bestuur – en daarmee dus over de wijze waarop door de regering invulling is gegeven aan de door de formele (raam) wet gegeven bevoegdheid tot het stellen van regels – vallen deze adviezen buiten het kader van deze bijdrage.

5.1. Delegatie van regelgevende bevoegdheid

Bij de afweging welke elementen thuishoren in een belastingwet in formele zin en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan, hanteert de Raad van State het *primaat van de wetgever* als richtsnoer. Dit betekent overigens niet dat het parlement bij alle onderdelen van de belastingheffing rechtstreeks moet worden betrokken. In de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁷ worden algemene uitgangspunten gegeven in welke gevallen delegatie van regelgevende bevoegdheid kan worden toegestaan. In zijn advisering betreft de Raad deze aanwijzingen en vult daarbij deze algemene normen in.

De Raad is van mening dat wezenlijke elementen (soms aangeduid als: hoofdelementen) van een bepaalde belasting in de heffingswet zelf opgenomen dienen te worden; delegatie mag zich niet uitstrekken tot de essentialia van de belastingheffing. Daartoe behoren volgens de Raad de bepaling van het belastingsubject, het belastingobject en het tarief. Indien delegatie van regelgeving plaatsvindt, geeft de Raad de voorkeur aan het toekennen van de bevoegdheid aan de Kroon om bij AMvB regels te stellen. Slechts in bepaalde gevallen kan delegatie of subdelegatie

26 A.J.T. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid. Over primaten in het recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 2.

27 Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, handelend in overeenstemming met het gevoelen van de Ministerraad, van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 11 mei 2011, *Stcrt.* 2011, 6602. In deze regeling, veelal afgekort tot Ar, zijn opgenomen zowel inhoudelijke als procedurele voorschriften voor het tot stand komen van landelijke wet- en regelgeving. De regeling richt zich tot ministers, staatssecretarissen en hun ambtenaren.

aan de minister (ministeriële regeling) geoorloofd zijn. Delegatie aan een minister is slechts aanvaardbaar indien de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt beperkt tot (Ar 26):

- voorschriften van administratieve aard;
- uitwerking van details van een regeling;
- voorschriften die dikwijls wijziging behoeven;
- voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld;
- verwerking in de Nederlandse wetgeving van internationale regelingen die de Nederlandse wetgever, behoudens op ondergeschikte punten, geen ruimte laten voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard.

Het is lastig om op basis van de adviezen van de Raad van State te komen tot een vastomlijnd stramien aan de hand waarvan bepaald kan worden in welke gevallen delegatie van regelgeving geoorloofd is. Toch kan door analysering van concrete voorbeelden wel een beeld worden gevormd van wat de Raad beschouwt als hoofdelementen van de belastingheffing die in de formele wet zelf geregeld dienen te worden.

5.1.1. Belastingsubject en –object

Zowel de afbakening van het belastingsubject als het belastingobject dienen hun weerslag te vinden in de wet. In zijn advisering heeft de Raad onder meer in onderstaande gevallen op grond hiervan opmerkingen gemaakt.

- Ten aanzien van belastinguitgaven dienen volgens de Raad ten minste de contouren daarvan in de wet te worden opgenomen. In het kader van het uitbreiden van het begrip ‘durfkapitaal’ met zogenoemde culturele beleggingen, was de Raad van mening dat in een afzonderlijke bepaling in de Wet IB 2001 de essentialia van deze beleggingen dienden te worden opgenomen; opname in een AMvB deed volgens de Raad onvoldoende recht aan het primaat van de wetgever.²⁸
- Vrijstellingen van belastingen dienen niet op een buitenwettelijke regeling te berusten. In het geval van de in de omzetbelasting bestaande kantenregeling kon naar het oordeel van Raad “niet met een buitenwettelijke regeling worden volstaan, maar dient voor de vrijstelling een basis in de wet te worden gecreëerd”.²⁹
- Bij de advisering inzake het voorstel Wet fiscale behandeling van pensioenen gaf de Raad aan dat de regeling van inkoop van pensioenen tot de hoofdelementen van een pensioenregeling behoort, zodat deze een plaats diende te krijgen in de Wet LB 1964.³⁰ In datzelfde advies bekritiseerde de Raad het voorstel om het mogelijk te maken bij ministeriële regeling regels te stellen met betrekking tot de in aanmerking te nemen diensttijd en de pensioengrondslag. “Zowel

²⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 746, nr. A, p. 4.

²⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 428, nr. B, p. 3.

³⁰ *Kamerstukken II* 1997/98, 26 020, nr. B, p. 6.

- diensttijd als pensioengrondslag behoren tot de hoofdelementen van de fiscaal te begeleiden pensioenregeling. Naar het oordeel van de Raad dienen deze hoofdelementen in de wet regeling te vinden en voor zoveel nodig in een algemene maatregel van bestuur nader te worden uitgewerkt. Alleen voorzover sprake is van voorschriften van administratieve aard of de uitwerking van details van de regeling kan een en ander in een ministeriële regeling worden opgenomen.”³¹
- In het belastingplan 2002-I werd voorgesteld dat bij ministeriële regeling regels zouden kunnen worden gesteld met betrekking tot de in aanmerking te nemen uitgaven voor niet-medische hulpmiddelen als buitengewone uitgaven in de Wet IB 2001. De vraag was of deze regels betrekking zouden hebben op de hoogte van de uitgaven, die bij deze regels gelimiteerd zouden kunnen worden, dan wel op de hulpmiddelen zelf, die bij die regels nader omschreven zouden kunnen worden. De Raad was hierbij van mening dat, indien beoogd werd de bedragen afzonderlijk te limiteren, dit in de wet zelf zou moeten worden opgenomen. Indien beoogd werd een nadere omschrijving van de hulpmiddelen te kunnen geven, was opname in een AMvB voldoende.³²
 - Bij de introductie van de ‘Research & Development Aftrek’ (art. 3.52a Wet IB 2011) werd voorgesteld om zowel de grondslag als het RDA-aftrekpercentage in een algemene maatregel van bestuur op te nemen. Naar het oordeel van de Raad behoren deze echter tot het belastbare feit en daarmee tot de essentialia van de belastingheffing. “De grondslag en het RDA-aftrekpercentage dienen dan ook in de wet zelf te worden opgenomen en niet bij algemene maatregel van bestuur te worden vastgesteld, omdat dit op gespannen voet staat met artikel 104 Grondwet.”³³

Een uitzondering op het uitgangspunt dat het belastingobject wezenlijk in de heffingswet moet zijn omschreven geeft de Raad in zijn advies bij het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid. Hierin aanvaardde de Raad dat “ten aanzien van nieuwe figuren, zoals de fiscale eenheid ooit geweest is, (...) de grenzen van de heffing in de heffingswet worden opgenomen met een ruime delegatie ten aanzien van de concrete elementen teneinde ervaring met de desbetreffende figuur op te doen. Zodra deze ervaring in voldoende mate is opgedaan, dient de figuur regeling te vinden in de heffingswet.”³⁴ Daarbij tekende de Raad aan dat een codificatie meer inhoudt dan “het enkel opnemen van de standaardvoorwaarden in een algemene maatregel van bestuur (...) en dat in ieder geval (...) wezenlijke elementen in de Wet Vpb’69 behoren te worden opgenomen, onder aanpassing van de delegatiebepaling.”³⁵

31 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 020, nr. B, p. 7-8.

32 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 013, nr. A, p. 8.

33 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 6, p. 3.

34 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 854, nr. A, p. 4.

35 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 854, nr. A, p. 4-5.

5.1.2. Tarief

Ook het tarief dient als één van de bepalende elementen van de belasting in de wet zelve te worden vastgelegd. Een ministeriële afwijkingsbevoegdheid verdraagt zich hier niet mee. Ook het bij ministeriële regeling vaststellen van ophogingspercentages, zoals dat geschiedde bij de inkomsten- en vermogensbelasting in verband met de waardering van onroerende zaken, is in dit opzicht dus niet aanvaardbaar.³⁶

In zijn advies bij het voorstel belastingplan 2001-IV gaf de Raad een voorbeeld waarbij een ministeriële afwijkingsbevoegdheid ten aanzien van het belastingtarief wél aanvaard zou kunnen worden. Het betrof de bevoegdheid van de minister om ten aanzien van buitenlandse beroepssporters en buitenlandse gezelschappen van het in de wet neergelegde loonbelastingtarief af te wijken. De Raad overwoog daarbij dat in het nader rapport is gesteld “dat het weliswaar de voorkeur verdient het tarief, als één van de bepalende elementen van belasting, bij wet te wijzigen, maar dat indien het tarief in de wet is opgenomen en tariefswijziging aan strikte voorwaarden is gebonden, voor wijziging van het tarief bij ministeriële regeling geen bezwaar hoeft te bestaan. Zolang de loonbelasting voor buitenlandse sporters in alle gevallen voorheffing op de inkomstenbelasting is, kan deze zienswijze aanvaard worden, omdat het tarief van de inkomstenbelasting bepalend is. Indien de loonbelasting eindheffing is, moet het tarief echter volledig in de wet worden geregeld teneinde niet in strijd met de Grondwet te komen.”³⁷

5.1.3. Overige opmerkingen

Naast opmerkingen specifiek gericht op de essentialia van de belastingheffing (subject, object en tarief), maakt de Raad van State tevens opmerkingen in meer algemene zin over het afwijken van bepalingen uit belastingwetten in formele zin door lagere regelgevers. De Raad is van mening dat afwijkingen van de wet in eerste instantie dienen te worden neergelegd in een wet. Indien dit niet mogelijk is, verdient regeling bij AMvB de voorkeur. Hierbij dienen de begrenzingen van de afwijkingen zo nauwkeurig mogelijk te worden aangegeven. Overigens is de door de Raad gehanteerde toetsing van de gronden om te komen tot afwijkingen van de wet middels een AMvB vrij zwaar. Gronden die uiteindelijk terug te brengen zijn tot de duur van het wetgevingstraject acht de Raad ontoereikend om een voorstel tot afwijkingmogelijkheden middels AMvB te kunnen dragen.

- Bij de belastingherziening 2001 is ter advisering aan de Raad voorgelegd een bepaling die het mogelijk moest maken om in de eerste twee jaar van de invoering van de Wet IB 2001 voor de goede uitvoering van de wet bij ministeriële

³⁶ Omdat niet alle Nederlandse gemeenten dezelfde peildatum hanteerden voor de waardering van onroerende zaken, konden er verschillen in belastingheffing ontstaan tussen, naar objectieve maatstaven beoordeelde, gelijke onroerende zaken. In het voorstel Aanpassingwet Wet waardering onroerende zaken (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 037, nr. 1-2) werd voorgesteld om in geval van verschillende peildata te werken met zogenoemde ophogingspercentages, die bij ministeriële regeling zouden worden vastgesteld.

³⁷ *Kamerstukken II* 2001/01, 28 015, nr. A, p. 6.

regeling zo nodig van de wet afwijkende regels te kunnen stellen. De Raad heeft tegen deze bepaling ernstige bezwaren geuit, omdat zij het primaat van de wet wezenlijk aantast. “Op geen enkele wijze is in de toelichting aannemelijk gemaakt dat het “risico” van onvoorzienbare en aanmerkelijke onbedoelde effecten van de wettelijke regeling aanwezig is, alsmede dat deze zo snel moeten worden “gerepareerd” dat dit alleen bij ministeriële regeling mogelijk is. Bovendien dient een afwijking van de wet als hier aan de orde is, in beginsel slechts bij algemene maatregel van bestuur mogelijk te zijn.”³⁸

Na aanvankelijk deze delegatiebepaling gehandhaafd te hebben, heeft staatssecretaris Vermeend uiteindelijk onder zware druk van de Tweede Kamer de bepaling bij nota van wijziging alsnog ingetrokken.³⁹

- Ook een ministeriële regeling op grond waarvan een fiscale eenheid zou kunnen worden toegestaan, terwijl niet aan een of meer van de wettelijke voorwaarden is voldaan, is volgens de Raad van State niet aanvaardbaar. Bij zijn advisering inzake het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid was de Raad van mening dat de mogelijkheden om van de wettelijke voorwaarden voor een fiscale eenheid af te wijken nauwkeurig omschreven diende te worden in de wet en dat nadere regelingen bij AMvB moesten worden getroffen.⁴⁰

5.2. *Geclausuleerde delegatie*

In § 5.2 zijn de verschillende vormen van geclausuleerde delegatie aan de orde geweest. De Raad van State heeft in de onderzochte adviezen slechts twee keer een opmerking gemaakt omtrent geclausuleerde delegatie. Een verklaring hiervoor is enerzijds dat in de aan de Raad voorgelegde fiscale wetsvoorstellen zelden een bepaling met geclausuleerde delegatie was opgenomen en anderzijds dat de Raad zelf terughoudendheid betracht met het adviseren van geclausuleerde delegatie. Ar 35 bepaalt immers dat in beginsel vermeden dient te worden dat de vaststelling van bepaalde voorschriften aan een lagere regelgever wordt gedelegeerd, maar dat tegelijkertijd wordt vastgelegd dat het parlement bij deze regelgeving moet worden betrokken.

Het ene advies omtrent geclausuleerde delegatie betrof de situatie waarbij voorgesteld werd een bepaalde ministeriële regeling bij wet goed te keuren. De Raad was hierbij van mening dat niet slechts de ministeriële regeling zelf, maar ook de latere wijzigingen van deze ministeriële regeling bij wet dienden te worden goedgekeurd. “Dit vloeit (...) voort uit de omstandigheid dat een wijziging van een regeling dezelfde weg moet gaan als de oorspronkelijke regeling.”⁴¹

38 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. A, p. 103-104.

39 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 6, p. 7, 16-19 en 329; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 18, p. 24 en 49.

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 854, nr. A, p. 5.

41 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 111, nr. B, p. 1.

Het andere advies had betrekking op het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid. De Raad was hierbij van oordeel dat naast betrokkenheid van het parlement ook inspraak in den brede wenselijk was.⁴²

5.3. *Regelgeving in plaats van beleid/uitvoering*

In het Nederlandse staatsbestel komt voor wat betreft de fiscaliteit aan de staatssecretaris van Financiën een centrale positie toe. Hij is namelijk als (mede)wetgevend orgaan betrokken bij het tot stand komen van formele wetgeving en de daaruit voortvloeiende *lagere regelgeving* (algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen). Daarnaast is de staatssecretaris, als hoofd van de belastingdienst, ook belast met de uitvoering van deze wet- en regelgeving, waarbij het materiële recht moet worden toegepast in concrete situaties.⁴³ Om te voorkomen dat bij de behandeling van belastingplichtigen sprake is van willekeur en om anderszins te voorkomen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, wordt vanuit het Ministerie van Financiën beleid uitgevaardigd, al dan niet in de vorm van beleidsregels, op basis waarvan de belastingdienst zijn bevoegdheden moet uitoefenen.

Ook op dit gebied past de Raad van State in zijn advisering het uitgangspunt van het primaat van de wetgever toe. In principe dienen algemene regels vastgelegd te worden in de wet dan wel in lagere regelgeving. Zo achtte de Raad het opnemen van nadere regelingen in beleidsregels teneinde de mogelijke nadelen van de betekening van een dwangbevel per post te kunnen opvangen, niet aanvaardbaar; dergelijke regelingen zouden in de wet zelf moeten worden opgenomen.⁴⁴

Zoals reeds in § 6.1 is aangegeven, vindt de Raad van State het aanvaardbaar om ten aanzien van nieuwe figuren een ruime delegatie toe te staan als het doel is ervaring met de desbetreffende figuur op te doen. Bij onder meer het regime van de fiscale eenheid, de bedrijfsfusiefaciliteit en de faciliteit van geruisloze omzetting van een besloten vennootschap is dit gepaard gegaan met het in het leven roepen van zogenoemde 'standaardvoorwaarden'. Aangezien met deze figuren inmiddels voldoende ervaring is opgedaan, adviseerde de Raad van State in deze gevallen het beleid zoals neergelegd in de standaardvoorwaarden, te codificeren.⁴⁵ Met uitzondering van de standaardvoorwaarden van de fiscale eenheid, heeft deze codificatie (nog) niet plaatsgevonden.

5.4. *Overige opmerkingen*

Bij zijn toetsing van de tekst van het wetsvoorstel aan het uitgangspunt van het primaat van de wetgever neemt de Raad van State ook onder meer de volgende kwesties in beschouwing:

⁴² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 854, nr. A, p. 5.

⁴³ Zie voor een uitgebreide duiding van de centrale rol en de 'twee petten' van de staatssecretaris van Financiën: R.H. Happé & M.R.T. Pauwels, 'Balancing of Powers in Dutch Tax Law: General Overview and Recent Developments', in: C. Evans, J. Freedman & R. Krever (red.), *The Delicate Balance. Tax, Discretion and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD 2011, p. 223-254.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 035, nr. B, p. 5.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 854, nr. A, p. 4-5; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 728, nr. A, p. 30; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. A, p. 41.

- de afweging of bepaalde onderwerpen opgenomen dienen te worden in regelgeving (formele wet dan wel lagere wetgeving) of dat het opnemen ervan in de memorie van toelichting aanvaardbaar is;
- de vraag in hoeverre de delegatiebepaling in de wet al dan niet te ruim is geformuleerd.

Hoewel de Raad bij toetsing aan het uitgangspunt van het primaat van de wetgever in de meeste gevallen opmerkingen maakt gericht op aanpassing van tekst van het wetsvoorstel, worden ook opmerkingen gemaakt over de memorie van toelichting. In vrijwel alle gevallen adviseert de Raad van State daarbij om de contouren van een vast te stellen ministeriële regeling of van een bevoegdheid van de inspecteur in de toelichting op te nemen.

6. Effectiviteit van de advisering

In onderstaand tabel is een overzicht gegeven van de overnamebereidheid van de staatssecretaris van Financiën met betrekking tot opmerkingen van de Raad van State ten aanzien van delegatievraagstukken.

	Aantal adviesopmer- kingen	Percentage overgenomen opmerkingen	Percentage gedeeltelijk overgenomen opmerkingen	Percentage niet- overgenomen opmerkingen
Formele wet i.p.v. lagere wetgeving	24	25,0 %	16,7 %	58,3 %
AMvB i.p.v. ministeriële regeling	21	57,1 %	0,0 %	42,9 %
Geclausuleerde delegatie	2	50,0 %	0,0 %	50,0 %
Regelgeving i.p.v. beleid/uitvoering	24	33,3 %	12,5 %	54,2 %
Regelgeving i.p.v. MvT	8	50,0 %	12,5 %	37,5 %
Geen of te ruime delegatiebepaling	13	38,5 %	7,7 %	53,8 %
Overige opmerkingen	11	36,4 %	0,0 %	63,6 %
Totaal opmerkingen t.a.v. de wettekst	103	38,8 %	8,7 %	52,4 %
Opmerkingen t.a.v. de toelichting	21	71,4 %	19,0 %	9,5 %
Totaal	124	44,4 %	10,5 %	45,2 %

Tabel. Overzicht van de overnamebereidheid met betrekking tot juridische opmerkingen inzake het primaat van de wetgever van de Raad van State bij adviezen inzake fiscale wetsvoorstellen in de periode 1994-2011.

Uit deze tabel komt naar voren dat de overnamebereidheid van de staatssecretaris niet groot is voor wat betreft opmerkingen van de Raad waarin geadviseerd wordt een bepaalde aangelegenheid op te nemen in de heffingswet zelf, in plaats van deze te regelen in een AMvB of een ministeriële regeling; in bijna 60% van de gevallen neemt de staatssecretaris een dergelijke opmerking niet over. Ook is de bewindsman niet toeschietelijk als het gaat om opmerkingen waarin de Raad adviseert om beleidsregels en andere voorwaarden die uit de bestuursbevoegdheid voortvloeien, te codificeren. Een grotere overnamebereidheid legt de bewindsman aan de dag als het gaat om opmerkingen waarin de Raad van State adviseert om een bepaald onderwerp bij AMvB te regelen in plaats van bij ministeriële regeling; in bijna 60% van de gevallen is de staatssecretaris bereid aan de opmerkingen van de Raad tegemoet te komen. De grootste bereidheid tot het overnemen van 's Raads adviesopmerkingen heeft de staatssecretaris bij opmerkingen ten aanzien van de toelichting; slechts in 9,5% van de gevallen is hij niet bereid deze over te nemen.

Al met al kan geconstateerd worden dat de staatssecretaris van Financiën nogal eens fiscale bepalingen aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft voorgelegd die volgens de Raad van State op gespannen voet staan met het uitgangspunt van het primaat van de wetgever. Delegatie aan de Kroon of de minister van onderwerpen die de essentialia van de belastingheffing raken, dan wel het verlenen van de bevoegdheid aan de belastingdienst om (nadere) voorwaarden te stellen, heeft vanuit het gezichtspunt van de uitvoerende macht uiteraard veel voordelen,⁴⁶ maar de Raad van State acht deze wijze van wetgeving, zeker in het licht van de grondwettelijke bepalingen hieromtrent, niet aanvaardbaar.

Hoewel de discussie over het gebruik van delegatie in het belastingrecht van alle tijden is,⁴⁷ kan de indruk bestaan dat de wijze van wetgeving, waarbij de Staten-Generaal door ruime delegatiebepalingen min of meer buiten spel worden gezet, heden ten dage meer usance is dan voorheen.⁴⁸ Geconstateerd kan worden dat adviezen van de Raad van State in dit kader er tegenwoordig eigenlijk altijd op gericht zijn om de fiscale wetgever te beteugelen indien deze zich wenst te bedienen van al te ruime delegatiebepalingen. Adviezen waarin juist opgeroepen wordt om bepaalde zaken niet in de formele wet op te nemen, maar te regelen middels een algemene

46 In algemene zin kunnen genoemd worden: slagvaardig beleid, snelle aanpassing, volgen van veranderlijke factoren, op korte termijn voorzien in leemten, aanpassen aan individuele gevallen, tegengaan van overbelasting van de Staten-Generaal en het bevorderen van de leesbaarheid (zie: *Delegatie van wetgevende bevoegdheid. Rapport van de Commissie ter bestudering van delegatie van wetgevende bevoegdheid in het belastingrecht* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 131), Deventer: Kluwer 1972; *Delegatie van wetgevende bevoegdheid (Verslag). Verslag van het debat naar aanleiding van het Rapport van de Commissie ter bestudering van delegatie van wetgevende bevoegdheid in het belastingrecht* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 133), Deventer: Kluwer 1973).

47 *Delegatie van wetgevende bevoegdheid. Rapport van de Commissie ter bestudering van delegatie van wetgevende bevoegdheid in het belastingrecht* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 131), Deventer: Kluwer 1972, p. 6; J.A.G. van der Geld, *Zicht op fiscale wetgeving* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University Press 1991, § 5.1.5.

48 In het rapport 'Kwaliteit van het Fiscale Wetgevingsproces' van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (www.nob.net) uit 2002 werd in dit kader gesproken van een trend (§ 2.7).

maatregel van bestuur of ministeriële regeling, komen dan ook niet meer voor. Dat dat in vroeger tijden inderdaad anders was, moge blijken uit een uit 1966 stammende advies van de Raad van State bij het ontwerp-Kostenwet rijksbelastingen. Hier vraagt de Raad zich af “of op het regelen van deze stof in de wet zelve niet een uitzondering moet worden gemaakt voor de in artikel 4, eerste lid, slot, bedoelde verhoging voor de gevallen waarin de in dat lid bedoelde werkzaamheden langer duren dan vier uren. Weliswaar zullen, naar de Raad meent te weten, die gevallen niet veelvuldig voorkomen, maar reeds het feit dat de vergoedingen per uur, die in douanezaken verschuldigd zijn, geregeld worden aangepast en nog onlangs (...) zijn verhoogd, doet de vraag rijzen of hier niet meer bewegelijkheid geboden is door delegatie aan een algemene maatregel van bestuur, ook al om aldus op het gebied van de rijksbelastingen nauwelijks verklaarbare verschillen op eenvoudige wijze te kunnen vermijden. Wellicht zou dan ook een delegatie voor de in het derde lid van artikel 4 bedoelde vergoeding passend zijn.”⁴⁹

7. Tot slot

Voor een goed vestigingsklimaat voor ondernemingen is een belangrijke voorwaarde dat (belasting)wetgeving deugdelijk, consistent en voorspelbaar is. Ruime delegatiebepalingen kunnen daar afbreuk aan doen. Immers, op welke wijze de (toekomstige) bewindslieden invulling geeft aan deze bepalingen, staat niet op voorhand vast. Ook is het wijzigen van gedelegeerde regelgeving veel gemakkelijker en sneller tot stand te brengen en met minder waarborgen omkleed voor wat betreft de wetgevingskwaliteit.

Art. 104 Gw lijkt helder: rijksbelastingen dienen altijd een grondslag te hebben in een formele wet, tot stand gekomen in het democratische samenspel tussen regering en Staten-Generaal. Uiteraard kan het legitiem zijn indien bijvoorbeeld (technische) detailvoorschriften worden neergelegd in lagere wetgeving – zoals een AMvB of ministeriële regeling – maar zowel het legaliteits- als het rechtszekerheidsbeginsel staat op gespannen voet met het neerleggen van essentiële elementen in andere dan formele wetgeving. In zijn adviezen bij fiscale wetsvoorstellen gaat de Raad van State nogal eens in op de vraag welke elementen thuishoren in een belastingwet in formele zin en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan. Daarbij zet de Raad dit vraagstuk in het bredere kader van het primaat van de wetgever. Volgens de Raad mag delegatie zich niet uitstrekken tot de zogenoemde essentiële

⁴⁹ Advies van 3 augustus 1966, nr. 34. Overigens gaat de staatssecretaris van Financiën in zijn nader rapport niet in op de suggestie van de Raad van State: “De ondergetekende is van mening dat de door de Raad van State gestelde vraag of op het regelen van deze stof in de wet zelve niet een uitzondering moet worden gemaakt (...) voor de gevallen waarin de (...) bedoelde werkzaamheden langer duren dan vier uren, ontkennend moet worden beantwoord. Nu voor de genoemde werkzaamheden rechtstreeks in de wet neergelegde, genormeerde bedragen gelden indien die werkzaamheden 4 uren of korter duren, is er naar het oordeel van de ondergetekende onvoldoende grond om voor de gevallen waarin de verrichtingen langer dan 4 uren vergen (...) de mogelijkheid te openen de norm (...) aan te passen op grond van een gedelegeerde bevoegdheid.” (Nader rapport van 20 oktober 1966, nr. B6/13533)

alia van de belastingheffing; belastingsubject, belastingobject en tarief dienen als hoofdelementen van een bepaalde belasting in de wet zelf opgenomen te worden. Uit de analyse van deze wetgevingsadviezen komt naar voren dat aan het parlement nogal eens fiscale bepalingen zijn voorgelegd waarin volgens de Raad van State de delegatie te ver is doorgeschoten en waarbij in ruime mate nadere voorwaarden of regels gesteld kunnen worden middels algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Ook vanuit het oogpunt van de versterking van het vestigingsklimaat voor ondernemingen verdient het mijns inziens aanbeveling om bij de totstandkoming van fiscale wetgeving de adviezen van de Raad van State hieromtrent meer ter harte te nemen.

Vrije vestiging voor pensioengerechtigden met pensioen bij Nederlandse verzekeraar?

prof. mr. H.M. Kappelle¹

1. Inleiding

Pensioenen en lijfrenten kunnen verzekeringstechnisch op diverse manieren worden vormgegeven. Er zijn twee hoofdvormen. Het pensioen of de lijfrente kan worden verzekerd als een (uitgestelde) periodieke uitkering, of in de vorm van een kapitaal waarop een pensioen- of lijfrenteclausule rust. Bij een periodieke uitkering staat vanaf aanvang vast van welk leven de uitkering afhankelijk is en is ook de hoogte daarvan reeds bij het begin bepaald. De uitkering vindt plaats indien en voor zo lang de verzekerde in leven is. Bij een kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule is gedurende de uitstelperiode geen sprake van een al bij voorbaat vastgestelde hoogte van de pensioen- of lijfrentetermijnen. Er is slechts sprake van een pensioen- of lijfrentekapitaal, waarvoor bij aanvang al is bepaald dat dit op de pensioeningangsdatum niet in een keer zal worden uitgekeerd, maar uitsluitend kan dienen als rekengrootheid om op dat moment en aan de hand van de dan geldende tarieven te worden omgezet in een direct ingaande periodieke uitkering.

De Nederlandsche Bank beschouwt het omzetten van een pensioen- of lijfrentekapitaal in een direct ingaande periodieke uitkering civiel-juridisch als het aangaan van een nieuwe overeenkomst. De Minister van Financiën² onderschrijft dit standpunt. Dat brengt met zich dat sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening als de pensioen- of lijfrentegerechtigde op zijn pensioeningangsdatum niet meer in Nederland woont. Grensoverschrijdende dienstverlening door een verzekeraar in de EU is alleen mogelijk indien deze is genotificeerd in het land waarin hij zijn grensoverschrijdende diensten aanbiedt. Als de desbetreffende gerechtigde in een andere EU-staat woont, mag hij dus alleen bij de verzekeraar blijven waar hij zijn kapitaal heeft opgebouwd als deze is genotificeerd in zijn nieuwe woonland. Is dat niet het geval, dan zal hij een verzekeraar in zijn nieuwe woonland moeten zoeken waaraan het kapitaal kan worden overgedragen om daar een direct ingaande periodieke uitkering uit te krijgen.

De Staatssecretaris van Financiën stelt zich in situaties waarin het gaat om pensioenkapitaal, op het standpunt dat een dergelijke waardeoverdracht naar een pensioenuitvoerder in het nieuwe woonland alleen is toegestaan als sprake is van een

¹ Herman Kappelle is bijzonder hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht aan de VU Amsterdam en directeur AEGON Adfis.

² Zie de antwoorden op vragen van het Tweede Kamerlid Blok (VVD) van 11 februari 2010, Tweede Kamer, 2009-2010, Aanhangsel van de Handelingen 1575, p. 3361-3362.

aangewezen buitenlandse pensioenuitvoerder, of in het kader van het aanvaarden van een nieuwe dienstbetrekking.³ Als het gaat om een expirerend pensioenkapitaal voldoet een gepensioneerd per definitie niet aan deze fiscale eis. Een gepensioneerd heeft immers geen dienstbetrekking meer.

In de praktijk doet zich met enige regelmaat de situatie voor dat de combinatie van het standpunt van DNB en het standpunt van de Staatssecretaris van Financiën een in het buitenland wonende begunstigde voor een bij een Nederlandse verzekeraar expirerend pensioenkapitaal voor een onoplosbaar probleem plaatst. Hij kan niet bij die Nederlandse verzekeraar een direct ingaand pensioen aankopen, omdat de desbetreffende verzekeraar niet is genotificeerd in zijn woonland. Waardeoverdracht naar een verzekeraar in zijn woonland kan hij echter ook niet laten plaatsvinden, omdat er geen sprake is van een nieuwe dienstbetrekking. Hij kan met andere woorden geen kant op en wordt geconfronteerd met de fiscale sancties omdat hij de pensioenclausule niet uitvoert.

2. Standpunt DNB

Het standpunt van DNB is gebaseerd op het uitgangspunt dat het omzetten van een pensioen- of lijfrentekapitaal het afsluiten van een nieuwe overeenkomst is. Dit omdat sprake zou zijn van twee overeenkomsten; een overeenkomst van kapitaalverzekering en een overeenkomst van pensioen- of lijfrente-verzekering op het moment van expiratie van de kapitaalverzekering. Art. 6:227 BW houdt in dat verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Bij het aangaan van de kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule liggen de voorwaarden van de toekomstige pensioen- of lijfrentetermijnen nog niet vast. Hierbij gaat het met name om de in acht te nemen tariefsgrondslagen (rente en overlevingstafels), de duur (tijdelijk of levenslang) en de soort (met of zonder nabestaandenvoorziening). DNB verbindt daaraan de conclusie dat de te zijner tijd uit te keren direct ingaande uitkering onvoldoende is bepaald bij het tot stand komen van de kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule. Het omzetten van het geclausuleerde kapitaal in een direct ingaande uitkering beschouwt DNB daarom als het aangaan van een nieuwe overeenkomst. De Minister van Financiën onderschrijft dit standpunt in het antwoord op de Kamervragen. Volgens de minister wordt bij deze overeenkomsten gesproken over “kapitaal” en niet over rekeneenheid. Economisch en juridisch dient het ter beschikking komende kapitaal volgens hem als koopsom voor de te verzekeren lijfrentetermijnen.⁴ Dit standpunt is in ieder geval fiscaal-juridisch niet juist. Al sinds de wijzigingen in het lijfrenteregime in het kader van Brede herwaardering I per 1 januari 1992 komen premies voor kapitaalverzekeringen met lijfrenteclausule niet meer in aanmerking voor aftrek. Er moet sprake zijn van een zogenoemde gerichte lijfrenteclausule wil de desbetreffende polis kwalificeren

³ Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98m.

⁴ Antwoord op vraag 3.

voor premieaftrek. Kenmerk van een gerichte lijfrenteclausule is dat – met zo veel woorden – in de polis is opgenomen dat het kapitaal slechts dient als rekengrootheid en niet in contanten kan worden uitgekeerd maar op de einddatum tegen de dan geldende tarieven wordt uitgekeerd in de vorm van een of meer lijfrenten zoals bedoeld in art. 3.125 Wet IB 2001.⁵ Tijdens de parlementaire behandeling van Brede herwaarderding I is zelfs gezegd: “Alvorens in te gaan op de clausules willen wij hier nogmaals benadrukken dat geen kapitaalsuitkering is verzekerd doch een recht op periodieke uitkeringen. De grootte van de uitkeringen kan desgewenst eerst worden bepaald op het moment van het gaan vloeien van de uitkeringen en wel aan de hand van een bepaalde rekengrootte – die men kapitaal zou kunnen noemen – die bij het aangaan van de lijfrente is vastgesteld”.⁶ Er is dus alleen in verzekeringstechnische zin nog sprake van een kapitaal. Juridisch is sprake van een recht op periodieke uitkeringen.

Op het standpunt van DNB valt nog wel wat af te dingen. DNB stelt dat alleen dan geen sprake is van een nieuwe overeenkomst indien bij het afsluiten van de kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule al met de desbetreffende verzekeraar wordt overeengekomen dat de clausule moet worden uitgevoerd door op de expiratedatum een direct ingaande uitkering te bedingen bij dezelfde verzekeraar. Hiermee ondergraaft DNB mijns inziens het eigen standpunt. In de situatie waarin sprake is van een dergelijke clausule is er bij het afsluiten van de kapitaalverzekering met pensioen- of lijfrenteclausule precies evenveel onzekerheid over de op expiratedatum van het kapitaal te hanteren tariefsgrondslagen, duur en soort van de lijfrente als in het geval waarin deze verplichting niet al vanaf aanvang in het contract is opgenomen. Als in een situatie waarin de verplichting om de direct ingaande pensioen- of lijfrenteuitkeringen bij dezelfde verzekeraar te bedingen geen sprake is van een nieuwe overeenkomst, waarom is dat dan anders indien een dergelijke contractuele verplichting weliswaar ontbreekt, maar waarin dit feitelijk wel wordt gedaan?

Binnen de EU mogen levensverzekeraars en pensioenuitvoerders hun diensten in beginsel ook aanbieden in de andere lidstaten dan de staat van vestiging. Lidstaten mogen op zich wel voorwaarden stellen aan buitenlandse aanbieders, bijvoorbeeld op fiscaal gebied, maar deze voorwaarden mogen niet leiden tot belemmering van het vrije verkeer. Volgens het HvJ EU valt onder het begrip ‘lidstaat’ niet alleen de centrale overheid, maar alle publieke entiteiten. Deze entiteiten (waaronder DNB dus ook valt) kunnen ook afzonderlijk verantwoordelijk worden gehouden voor schending van het EU-recht.⁷

In de zaak *Foster* bepaalde het Hof voorts: “Uit het voorgaande volgt, dat tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen

⁵ Zie voor een uitgebreide beschrijving H.M. Kappelle, ‘Welke richting op met de gerichte lijfrente in de Brede herwaarderding’, *WFR* 1991/5960, p. 631-634.

⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 198, nr. 15, p. 25.

⁷ HvJ EG 15 december 1971, nrs. 21-24/71 (*International Fruit Company II*), HvJ EG 12 juni 1990, nr. C-8/88 (*Landbouwpremies*) en HvJ EG 12 juni 1990, nr. C-188/89 (*Foster e.a./British Gas plc.*).

van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elke geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam behoort dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”.⁸

Een Nederlandse verzekeraar die verzekeringen wil afsluiten met in andere EU-landen gevestigde verzekeringnemers mag dit alleen doen als hij is genotificeerd in de desbetreffende EU-staat. Het notificeren op zich is een relatief eenvoudige procedure.⁹ De notificatieplicht als zodanig is dan ook geen belemmering van het vrije verkeer. Wel kunnen aanvullende eisen die het land stelt waar de verzekeraar zich wil notificeren als zodanig worden bestempeld. Bijvoorbeeld de eis dat er een fiscaal vertegenwoordiger in het desbetreffende land wordt aangesteld. Het HvJ EU heeft in de zaak C-552/04 tegen België geconcludeerd dat een dergelijke eis in strijd is met het vrije verkeer.

Ondanks het feit dat notificatie op zich relatief eenvoudig is, zijn verzekeraars over het algemeen terughoudend om overeenkomsten af te sluiten met in het buitenland woonachtige verzekeringnemers. Dat komt omdat op een dergelijke overeenkomst in beginsel het recht van toepassing is van het land waarin de verzekeringnemer woont. Alleen indien het desbetreffende land de mogelijkheid van een rechtskeuze biedt, kunnen partijen kiezen voor het Nederlandse recht. Lang niet alle EU-landen bieden echter een rechtskeuze. Alleen indien sprake is van een natuurlijk persoon met de Nederlandse nationaliteit kunnen partijen in alle gevallen kiezen voor Nederlands recht. En zelfs in dat geval kan de andere lidstaat nog lokale bepalingen van algemeen belang van toepassing verklaren. Om te voorkomen dat een verzekeraar wordt geconfronteerd met een hem onbekend rechtssysteem, dat hij stukken en informatie moet verstrekken in een vreemde taal en eventueel moet procederen voor een vreemde rechter, kiezen veel verzekeraars er voor om niet op basis van een notificatie grensoverschrijdende dienstverlening te verrichten. Voor zover zij in een bepaald land actief willen zijn, gebeurt dit veelal vanuit een lokale vestiging.

In de zaak *Dassonville*¹⁰ besliste het Hof dat “iedere handelsregeling der lid-staten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, (...) als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperking [is; HMK] te beschouwen”.

Het feit dat er maar zeer weinig verzekeraars zijn die bereid zijn overeenkomsten aan te gaan met in het buitenland woonachtige verzekeringnemers, is mijn inziens een sterke aanwijzing dat het totaal aan regelgeving op dit gebied “lasten en ongemakken” (zaak C-552/04) meebrengt die “al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel” (zaak 8/74) een belemmering vormt voor het vrije verkeer.

⁸ R.o. 20.

⁹ Zie paragraaf 2.3.3.1 Wet op het financiële toezicht.

¹⁰ HvJ EG 11 juli 1974, nr. 8/74.

3. **Besluit Staatssecretaris van Financiën 31 januari 2008, CPP2007/98M**

Een van de voorwaarden waaraan een pensioenregeling moet voldoen om op grond van art. 18 Wet LB 1964 te worden aangemerkt als een pensioenregeling in fiscale zin, is dat sprake is van een lichaam als bedoeld in art. 19a eerste lid dat als verzekeraar optreedt.¹¹ Een niet in Nederland gevestigde verzekeraar kan in een drietal situaties optreden als pensioenuitvoerder voor een pensioenregeling als bedoeld in art. 18 Wet LB 1964.

De voor dit artikel meest relevante situatie: een pensioenfonds of lichaam dat bevoegd is het levensverzekeringsbedrijf uit te oefenen en dat door de Minister van Financiën onder door hem te stellen voorwaarden is aangewezen, is een toegelaten pensioenuitvoerder.¹² De voorwaarden waaraan moet voldaan, zijn onder andere het verschaffen van inlichtingen over de uitvoering van de regeling en het stellen van zekerheid voor de invordering van de belasting die is verschuldigd indien sprake is van een zogenoemde ‘oneigenlijke handeling’ als bedoeld in art. 19b Wet LB 1964, waardoor het pensioen niet langer is aan te merken als een pensioen in de zin van de Wet LB 1964, dan wel de werknemer of gewezen werknemer zich heeft verplicht deze zekerheid te stellen. Naar aanleiding van het arrest *De Lasterey du Saillant* is de Nederlandse regel zodanig aangepast dat geen zekerheid behoeft te worden gesteld, indien ingevolge een overeenkomst met de ontvanger de desbetreffende pensioenuitvoerder aansprakelijkheid aanvaardt voor de belasting.¹³

De voorwaarden die Nederland aan deze buitenlandse aanbieders stelt, komen grotendeels overeen met de voorwaarden die binnenlandse aanbieders moeten nakomen. Ook zij zijn verplicht om inlichtingen te verschaffen en zijn aansprakelijk voor de door hen in te houden belastingen. Desalniettemin is het kennelijk weinig aantrekkelijk voor buitenlandse aanbieders om zich door de Minister van Financiën te laten aanwijzen als toegelaten verzekeraar. Bij mijn weten is er tot nu toe slechts een viertal aanwijzingen afgegeven. Kennelijk is ook hier sprake van “lasten en ongemakken” die de buitenlandse pensioenuitvoerders ervan weerhouden om hun dienstverlening aan Nederlandse werknemers aan te bieden.

Dat betekent dus dat er voor Nederlandse werknemers en gewezen werknemers weinig mogelijkheden zijn om hun pensioen over te dragen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder, bijvoorbeeld omdat zij zijn geëmigreerd. In het besluit van 31 januari 2008, CPP2007/98M komt de Staatssecretaris van Financiën deze werknemers enigszins tegemoet. Op grond van artikel 19b lid 6 Wet LB 1964 kan de Minister van Financiën onder door hem te stellen voorwaarden toestaan dat de pensioenverplichting wordt overgedragen aan een niet toegelaten buitenlandse pensioenuitvoerder, mits dit gebeurt in het kader van het aanvaarden van een dienstbetrekking buiten Nederland. Een van de voorwaarden waaronder dit mag, is dat de werknemer

¹¹ Artikel 18 eerste lid onderdeel c Wet op de LB 1964.

¹² Artikel 19a lid 1 onderdeel f Wet LB 1964.

¹³ Artikel 10d lid 3 laatste volzin UB LB 1965.

in kwestie aannemelijk maakt dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard. Een dienstbetrekking is in ieder geval substantieel als deze is aangegaan voor een termijn van vijf jaar.

4. Conclusie: strikt genomen geen, maar materieel wel belemmering van het vrije verkeer

Strikt genomen is er in het geval dat een in en andere EU-staat wonende begunstigde voor een uitkering uit hoofde van een kapitaalverzekering met pensioenclausule zijn kapitaal wil omzetten in een direct ingaand pensioen geen strijd met de Europese regelgeving inzake het vrije verkeer. Een aanbieder in een andere EU-lidstaat kan zijn diensten aanbieden onder (vrijwel) dezelfde voorwaarden als een binnenlandse aanbieder. Civiel-juridische via de notificatie en fiscaal via artikel 19a lid 1 onderdeel f Wet LB 1964. Maar zowel civiel als fiscaal moeten we constateren dat deze mogelijkheid weliswaar bestaat, maar dat buitenlandse aanbieders deze zeer sporadisch benutten. De notificatie biedt in de EU gevestigde verzekeraars de mogelijkheden om binnen de EU grensoverschrijdende dienstverlening te verrichten en draagt uit dien hoofde juist bij aan het vrije verkeer. Desalniettemin kiezen veel verzekeraars er voor om deze weg niet te bewandelen gezien de juridische complicaties. Ook hiervoor geldt dat er op papier geen belemmeringen zijn, maar feitelijk wel. Er is weliswaar niet zo zeer sprake van aanvullende eisen door DNB die een belemmering vormen voor het vrije verkeer, maar van een standpunt van DNB dat is gebaseerd op een uitleg van de wet die op zijn minst voor discussie vatbaar is. Materieel is dit standpunt wel te beschouwen als een aanvullende eis. Nu DNB door een ander, juridisch ook zeer verdedigbaar, standpunt in te nemen deze belemmering kan voorkomen, is mijns inziens op grond van de in de zaken C-552/04 en 8/74 geformuleerde criteria sprake van belemmering van het vrije verkeer.

De fiscale voorwaarde dat sprake moet zijn van het aanvaarden van een substantiële dienstbetrekking is – in ieder geval voor de pensioengerechtigde – een aanvullende eis die rechtstreeks en daadwerkelijk het vrije verkeer belemmert. Er zijn slechts vier buitenlandse pensioenuitvoerders die zich door het Ministerie van Financiën hebben laten aanwijzen. Alle geëmigreerde pensioengerechtigden die in een EU-staat wonen waarin niet een van deze vier is gevestigd, hebben door deze aanvullende eis dus geen mogelijkheid om hun pensioenkapitaal naar hun nieuwe woonland te laten overhevelen. Het bij de Nederlandse verzekeraar gebruiken om een direct ingaand pensioen aan te kopen, is gezien het standpunt van DNB in de meeste gevallen ook niet mogelijk. Ook hier leiden mijns inziens de criteria van de zaken C-552/04 en 8/74 tot de conclusie dat sprake is van belemmering van het vrije verkeer.

DNB stelt dat verzekeraars door zich te notificeren het probleem kunnen oplossen. Strikt genomen is dit natuurlijk juist. Maar daar heeft de geëmigreerde uitkeringsgerechtigde weinig of niets aan. In de praktijk loopt hij er tegenaan dat hij geen kant op kan. Van DNB mag de niet genotificeerde Nederlandse verzekeraar waar het lijfrentekapitaal is opgebouwd niet ook de direct ingaande lijfrente gaan uitkeren, omdat dan sprake is van niet toegestane grensoverschrijdende dienstverlening.

Als de begunstigde voor het lijfrentekapitaal de lijfrenteclausule niet tijdig uitvoert, wordt hij fiscaal geacht de polis te hebben afgekocht. Afkoop heeft tot gevolg dat het gehele kapitaal is belast, waarbij al snel het toptarief van 52% bereikt wordt plus een heffing van 20% revisierente. De totale belastingdruk komt dan op 72%.

5. Lijfrente

De begunstigde voor de uitkering uit hoofde van een kapitaalverzekering met *lijfrenteclausule* heeft nog twee mogelijkheden om deze fiscale problemen te voorkomen. Mits hij er op tijd bij is – dat wil zeggen voor de einddatum van de kapitaalverzekering – kan hij in zijn verzekeringscontract een clausule laten opnemen dat hij verplicht is het kapitaal om te zetten in een lijfrente bij dezelfde verzekeraar. Volgens DNB is dan geen sprake van het afsluiten van een nieuwe overeenkomst en (dus) ook niet van grensoverschrijdende dienstverlening. Een tweede mogelijkheid is dat hij een buitenlandse verzekeraar zoekt en het lijfrentekapitaal laat overdragen naar deze verzekeraar. Deze verzekeraar zal dan moeten zijn aangewezen door de Minister van Financiën.

6. Pensioen

De begunstigde voor de uitkering uit hoofde van een kapitaalverzekering met *pensioenclausule* zit echter in een veel lastiger parket. Een clausule dat het pensioenkapitaal verplicht bij dezelfde verzekeraar moet worden omgezet in een direct ingaand pensioen, is op grond van art. 81 lid 5 Pensioenwet nietig en biedt dus geen soelaas. Het overdragen naar een buitenlandse verzekeraar is ook praktisch onmogelijk. Behalve de enkele verzekeraar die zich heeft laten aanwijzen, komen buitenlandse verzekeraars alleen in aanmerking indien sprake is van het aanvaarden van een substantiële dienstbetrekking in het nieuwe woonland. En daarvan is nu juist bij een gepensioneerde per definitie geen sprake! De pensioengerechtigde die is geëmigreerd zit dus volkomen klem tussen DNB en de belastingdienst. DNB staat niet toe dat hij het pensioenkapitaal bij de bestaande verzekeraar omzet in een direct ingaand pensioen en de belastingdienst staat niet toe dat hij dat doet bij een lokale verzekeraar. Resultaat is dat hij niet in staat is om tijdig zijn pensioenkapitaal om te zetten in een direct ingaand pensioen en dus naar afloop van de in art. 3.133, lid 3, Wet IB 2001 genoemde termijn zal moeten afrekenen als of hij zijn pensioen heeft afgekocht. Mijns inziens is dit een belemmering van het vrije verkeer.

7. De oplossing

Het probleem kan op twee manieren worden opgelost. Ten eerste aanpassen van het besluit van 31 januari 2008 door de eis van het aanvaarden van een substantiële dienstbetrekking te schrappen. Dan krijgt de begunstigde voor een uitkering uit

hoofde van een kapitaalverzekering met pensioenclausule dezelfde mogelijkheden als hiervoor is aangegeven voor de begunstigde voor de uitkering uit een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule.

Een betere oplossing is echter als DNB zijn standpunt herziet. In zijn antwoord op de Kamervragen van Blok gaf de Minister van Financiën aan dat het probleem niet zo zeer in de notificatie zit, maar in het toepasselijke recht. Dat lijkt hem de kern van het probleem te zijn en niet zo zeer de vraag of het één of twee overeenkomsten betreft. Ten aanzien van het toepasselijk recht heeft DNB evenwel geen bevoegdheid. Evenmin kan DNB het civiele recht aanpassen.¹⁴

Het probleem zit hem inderdaad met name in het toepasselijke recht. En dat wordt wel degelijk veroorzaakt door de notificatie. Indien sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening, is notificatie vereist en is het recht van toepassing van het land waar de verzekeringnemer woont. Zoals ik en met mij andere schrijvers¹⁵ al heb c.q. hebben aangegeven, is het op basis van de huidige wetgeving heel goed mogelijk om het standpunt in te nemen dat het omzetten van een pensioen- of lijfrentekapitaal in een direct ingaande uitkering bij dezelfde verzekeraar niet het aangaan is van een nieuwe overeenkomst, maar het uitvoeren van de pensioen- of lijfrenteclausule binnen de bestaande overeenkomst. En als er geen sprake is van het aangaan van een nieuwe overeenkomst, is er per definitie geen sprake van grensoverschrijdende dienstverlening en kom je aan notificatie en de vraag welk recht van toepassing is helemaal niet toe. De vraag of het één of twee overeenkomsten betreft is dus wel degelijk de kern van het probleem!

Ter onderbouwing van zijn standpunt stelt DNB met name dat sprake is van een onvoldoende bepaalde verbintenis. Ik zet vraagtekens bij dit standpunt. De verzekeraar en de verzekeringnemer hebben bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst met zo veel woorden vastgelegd dat het lijfrentekapitaal slechts dient als rekengrootheid, niet in contanten kan worden uitgekeerd en alleen maar kan worden omgezet in een lijfrente. De hoogte van het kapitaal (bij een euroverzekering), dan wel de wijze waarop dit wordt vastgesteld (bij een beleggingsverzekering) en de ingangsdatum van de lijfrente staan vanaf aanvang vast. Het tarief is als zodanig ook al vastgesteld. Namelijk het op basis van de op de expiratedatum van het kapitaal gehanteerde sterftetafels en rekenrente geldende tarief. Partijen kunnen deze objectieve grootheden niet beïnvloeden. De wijze waarop de lijfrenteclausule moet worden uitgevoerd, is naar mijn mening dan ook voldoende bepaald bij het afsluiten van de kapitaalverzekering. Bij het omzetten van het kapitaal in een direct ingaande uitkering is er dan ook geen sprake van een tegen het genot van een premie overeengekomen uitkering. En dat is één van de vereisten om te kunnen spreken van een (nieuwe) overeenkomst van levensverzekering.¹⁶ Het kapitaal kan niet worden beschouwd als een koopsom voor de direct ingaande uitkering. Zie ter onderbouwing hiervoor het reeds aangehaalde citaat uit de parlementaire historie van Brede

14 Antwoord op vraag 4.

15 P.J. Kwekel, 'Patstelling bij uitvoering lijfrenteclausule voor wie niet meer in Nederland woont', *PensioenMagazine* april 2010.

16 Art. 7:925 BW.

herwaardering dat vanaf aanvang een periodieke uitkering is verzekerd en geen kapitaalsuitkering. Indien het als rekengrootheid gedefinieerde lijfrentekapitaal beschouwd zou moeten worden als een koopsom voor de aan te kopen lijfrente, zou dat betekenen dat de begunstigde voor deze uitkering fiscaal de beschikking krijgt over de kapitaalsuitkering, die hij vervolgens als koopsom gebruikt voor de lijfrente, hetgeen tot heffing over de ter beschikking gestelde uitkering leidt.¹⁷

8. Slotconclusie

De facto is in de in deze bijdrage beschreven situaties sprake van belemmering van het vrije verkeer. De jure wellicht ook. Voor zover er de jure sprake is van belemmering van het vrije verkeer moet Nederland op basis van het EU-verdrag daar wat aan doen. Bijvoorbeeld de eis van de substantiële dienstbetrekking laten vervallen in het besluit van 31 januari 2008. Maar ook als alleen sprake is van een materiële belemmering moet er een oplossing komen. De desbetreffende pensioen- en lijfrentegerechtigden maakt het niet zo veel uit of zij nu de jure of de facto worden belemmerd. Zij constateren slechts dat zij een zeer legitieme wens om de pensioen- of lijfrenteuitkering in te laten gaan bij dezelfde verzekeraar als waar het pensioen of de lijfrente is opgebouwd op voor hen in ieder geval moeilijk te begrijpen gronden niet kunnen vervullen. De sleutel ligt daarbij in handen van DNB. Er zijn diverse argumenten om, op basis van dezelfde wetgeving als DNB hanteert, tot een tegengesteld standpunt te komen. Het is een vraagstuk van politieke wil in hoeverre DNB bereid is op een andere manier naar deze kwestie te kijken, zodat de goedwillende geëmigreerde pensioen- of lijfrentegerechtigde niet wordt belemmerd.

¹⁷ Art. 3.133, tweede lid, onderdeel a jo. art. 3.134 lid 1 Wet IB 2001.

Transfer Pricing as Frankenstein's monster

mr. drs. B.B. de Mik¹

1. The investment climate and intercompany transactions

1.1. *Transfer pricing as Frankenstein's monster*

In an everlasting effort to grow our economy, The Netherlands has over the last 20 years tried to position itself as the country of preference to establish a business. The government has defined scientific research as a main area for economic growth, with a focus on agriculture, industry and services. The government predominantly sees itself in a facilitating role for entrepreneurs by stimulating cooperation between researchers and entrepreneurs.

The stimulation has been done through fiscal incentives in the areas of wage tax, personal income tax² and corporate tax by effectively lowering the tax rate for certain activities or alternatively creating timing advantages for instance through accelerated depreciation schemes³.

It is clear that entities that are involved in the growth motors of the economy will be confronted with transfer pricing as they either buy from or sell goods to related parties in other countries.

When looking at the current transfer pricing regulation you may wonder whether a business process redesign would be an innovative effort that could also stimulate economic growth by reducing the cost of doing business.

As a matter of principle we may ask whether also the government should apply some of the principles of innovation by looking critically at its current transfer pricing processes and see whether it can be replaced with something that achieves similar or better results at a lower cost.

Or to define it in commercial terms: can we add value by business process redesign? In this article I will argue that the current transfer pricing system has outgrown the Netherlands. It seems like a regular monster of Frankenstein that is nurtured and kept alive by its surroundings. I subsequently will try to come up with a risk based light touch approach for transfer pricing that could be adopted as alternative.

¹ Bas de Mik is lecturer tax law at the VU University and of counsel for PwC Belastingadviseurs.

² The so-called 30% ruling effectively lowers personal income tax for foreign specialists.

³ DB 2010/103M.

1.2. *Business process redesign*

A business process design starts with a description of the current state of affairs. I will try to give a description of the main Dutch trade flows, its legislation and administration.

Subsequently I will try to describe what factors are relevant to improve the investment climate. As a third point I will come with some suggestions for approaches for a new design.

2. **The current business environment**

2.1. *Trading partners and economic sectors*

Transfer pricing predominantly relates to the allocation of taxing rights between sovereign states.⁴ Where there are no economic relations between states, transfer pricing will not be relevant and where the economic relations between states are intensive the allocation of taxing rights is of more importance.

Below you find an overview of the international trading in goods and services from the Netherlands.

2009 Dutch trading volumes in EUR*mln		
	Import	Export
Goods	274.020	309.359
<i>EU</i>	<i>60%</i>	<i>75%</i>
<i>Germany, Belgium, UK, France</i>	<i>35%</i>	<i>40%</i>
Services	77.994	81.924
<i>EU</i>	<i>50%</i>	<i>60%</i>
<i>Germany, Belgium, UK, France</i>	<i>30%</i>	<i>35%</i>

The Central Bureau of Statistics (“CBS”) identified in 2009 the 40 most important trading partners of the Netherlands. For goods, the two most important export countries for the Netherlands are Germany (24%) and Belgium (11%). Together with France, Italy, the UK and the US they contribute to 60% of all export of goods. The other 35 countries, important as they are, are only responsible for 40% of export. Another cut of the numbers shows that the EU contributes roughly to 75% of the export volume of the Netherlands.

Import into the Netherlands shows a much larger share from non-EU countries. Just below 60% of import comes from within the EU. Within the EU the largest importers are Germany (17%), Belgium (10%), France and the UK. The most notable import from outside the EU comes from China (10%) the US (8%) and Russia (5%).

⁴ Transfer pricing also applies to domestic transactions, relevancy for this article is limited.

Export of services is for 60% to EU countries, within the EU the main trading partners are the UK, Germany, France and Belgium (together 35% of the volume). The largest non-EU importer of Dutch services is the USA (9%).

Import of services comes for 50% from within the EU. The bulk also here comes from the UK, Germany, France and Belgium (together 30% of the volume). The most important provider of services to the Netherlands however is a non-EU country. The US is responsible for 15% of all imported services.

Both export from and import of goods into the Netherlands comes for more than 50% from five sectors: food and livestock, fruit and vegetables, raw materials, oil and chemicals.

When looking at cross-border services it is notable that 65% of exported services comes from transport, professional advisory services and royalties. The three main areas of imported services (that account for 60% of the total) are transport, travel and professional advisory services.

2.2. *The taxpayers*

Coming up with an estimate on the share of intercompany transactions is difficult without having access to detailed data of individual companies. A rough estimate of the number of taxpayers that are affected can be produced though.

Number of companies relative to the number of employees (2006)	
0 employees	413.765
1-5 employees	229.785
5-10 employees	43.100
10-20 employees	28.245
20-50 employees	18.480
50-100 employees	6.370
100-200 employees	3.225
200-500 employees	2.020
500 + employees	1.340
Total	746.330

It is fair to assume that companies that have no employees do not have a foreign operation and therefore no intercompany transactions. Similarly it is realistic to assume that entities that employ less than 20 people will only have a negligible foreign presence. The group of companies that employs between 20-200 FTE may have foreign operations depending on the sector in which they operate. A construction company with 70 staff will almost certainly have no international presence. A producer of cycling training materials will surely have some sort of presence in a country with more cyclists or hills. These midsized companies obviously also include Dutch subsidiaries of foreign companies. Out of the group of midsized companies a portion therefore will have intercompany transactions.

Out of the group of companies with a size over 200 FTE a substantial number will have an international presence.

In 2006 CBS estimated there were 746.330 enterprises in the Netherlands of which around 28.000 had employed between 20-200 staff members and 3300 employed more than 200 staff members. The number of taxpayers on which transfer pricing legislation has a material impact will presumably not exceed 31.000 and will likely be somewhat less.

Large enterprises account, within the definition of the tax authorities, for around 10.000 taxpayers. This is in the same range that as the number of entities that is reported by the CBS as medium and large sized companies.

2.3. *Where to expect transfer pricing issues*

On basis of the above data you would expect that interpretation issues on transfer pricing will arise predominantly within the EU, with a focus on Germany, Belgium, France and the UK. In the goods area pricing of agricultural products and raw materials may be the main topic, on the services side transport, professional advisory services and royalties could well be the main areas of attention.

In 2005 the EU Joint Transfer Pricing Forum published a report upon the re-entry into force of the arbitration convention. This report contains the pending Mutual Agreement Procedures (hereafter: 'MAPs') of the Netherlands at year end 2004. For the Netherlands these MAPs were with Germany (11), France (13), the UK (5), Belgium (1) and Sweden (2). The distribution of the MAPs is in line with the trade pattern of the Netherlands (be it that it is notable that relations with Belgium hardly seem to give rise to conflicts).

No details are available of the economic sectors or activities that were underlying these MAPs.

The tax authorities do occasionally give an insight in their focus areas. This may be an indication of relevance. In the past years intra-group loans, head office costs and intangible assets were actively pursued. These focus areas look more like areas where perceived abusive transaction may take place than sectors where important economic activity occurs that require attention.

Currently a lot of effort goes into the self-assessment for tax risks. The authorities are thereby scaling down audits and are not actively involved in topical audits.

2.4. *Legislation*

Dutch transfer pricing rules come from domestic as well as international sources.

Domestic sources include

- Art. 8b of the Corporate Income Tax Act: this describes the arm's length principle
- Art. 10a, 10b and 10d of the Corporate Income Tax Act limit the deductibility of interest paid to related companies
- IFZ 2001/295 and IFZ 2004/680M: TP Regulations
- IFZ 2004/124M en IFZ 2004/125M: APA and ATR Regulations
- IFZ2010/457M: profit allocation permanent establishments

International sources that are applied are

- “Official” Dutch Translation OECD TP Guidelines (1996)
- EU Arbitration Convention
- Treaties for the prevention of double taxation
- OECD TP Guidelines (2010)
- Report on attribution of profits to permanent establishments (2010)

The legislation from domestic sources is limited in size. It covers a few thousand words in Dutch.

The treaties themselves do not go much beyond a standard text for art. 9 of the OECD Model Tax Convention.

The bulk of the transfer pricing legislation consists of the OECD TP reports. These reports contain hundreds of pages of text explaining all elements of transfer pricing. The material is only available in the English language with the exception of the EU arbitration convention and the translation of the 1996 (!) OECD TP Guidelines.

The size of these reports in comparison to the Dutch legislation is enormous. The Dutch Corporate Income Tax act contains around 34.000 words, the OECD TP Guidelines (2010) and the Report on attribution of profits to permanent establishments contain together around 250.000 words.

When looking at the various sources of legislation also some other aspects catch the attention. For one thing much of the legislation has the character of a principle based guidance to taxpayers and tax authorities. There are very little strict rules like “a margin of 3% is acceptable for back office support services” or “cost of management should be included in integral cost price computations”. There is however an overload on principles that may be applied, the reason being that “transfer pricing is not an exact science but does require the exercise of judgment on the part of both the tax administration and taxpayer”.⁵

It also should be noted that, probably with the exception of royalties, none of the sectors that were identified as relevant import and export sectors for the Netherlands are dealt with specifically in these rules.

2.5. Education

In light of the complexity of the legislation you would expect that there are ample opportunities to obtain knowledge on transfer pricing and the manner the legislation should be applied properly. The opposite is true. The principles of transfer pricing are taught as part of the International Taxation course that university students have to take for the Bachelor or Master program. The legal side of transfer pricing will usually be dealt with in lecture of a few hours. As may be clear from the sheer magnitude of the topic, these lectures will not give any in-depth knowledge. The (financial)

⁵ OECD TP Guidelines (2010), 1.13.

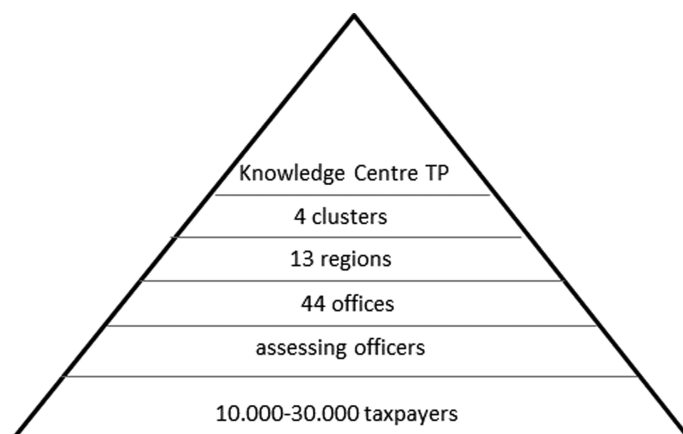
accounting side of transfer pricing is not part of the curriculum of master students in tax law.

2.6. *The administration*

The tax system lays the responsibility for the assessment of the taxable income with the tax inspector of the unit where a taxpayer is booked. The proper implementation of transfer pricing is therefore the responsibility of the assessing officer. The tax authorities have divided the country into thirteen regions. A region contains multiple locations. The regions are clustered into four geographic groups.

The regions and clusters do not have a formal assessing responsibility; they are used to achieve coordination within the tax service.

To ensure a coordinated application of transfer pricing rules a “knowledge”-pyramid is created. At the top of the pyramid is a dedicated TP-team. This dedicated TP team, together with representatives of each of the clusters and of the central APA-team are responsible for coordination of the TP-policy.



In order to ensure a trickling down of knowledge to the regions each cluster has at least 6 to 7 linking pins and each of the regions has at least one TP-specialist (and to the extent possible also each of the offices).

ATP-specialist is someone who has at least followed an internal TP-program within the tax administration. This is an annual transfer pricing training program of a few days for 20 inspectors/auditors offered by the central organization. For agents that have completed this training course refreshers are offered annually.

Conflicts between the taxpayer and the tax authorities on the interpretation of the law can be brought forward to the courts. In the Netherlands there are five District Courts that can hear tax cases, appeal is possible with one of five Courts of Appeal and ultimately with the Supreme Court. Judges and other legal staff involved in tax cases will most likely have a good knowledge of the tax law as knowledge of tax law is a prerequisite to be appointed. Economists cannot have become judge without also

being a qualified lawyer. The judges do not specialize in areas such as international taxation and transfer pricing. A system of permanent education requires the judiciary to keep up with developments; the training courses offered to them however do not have any focus on international taxation or transfer pricing. There is an informal knowledge sharing network in place where judiciary staff can share questions/ideas in areas such as international taxation.

The lack of knowledge in the judiciary apparatus may be the reason why there are so little court cases on transfer pricing. It appears that almost all transfer pricing disputes are solved before they come into an appeal stage. This may be a good sign, but can also be the signal that taxpayers lack a proper legal protection and therefore try to solve issues out of court.

2.7. *The taxpayers*

Probably 20-30 Dutch taxpayers employ 1 or more staff members that are dedicated to transfer pricing. These specialists have a good knowledge of the company itself and the business sector in which it operates.

Most other taxpayers will appoint a staff member on the accounting side of the organization as responsible person. They will more likely than not have no specific knowledge of tax law or transfer pricing. These taxpayers have to obtain transfer pricing knowledge externally from one of the large accounting organizations, law firms or specialized transfer pricing boutiques.

2.8. *Summary and conclusion*

A group of around 10 000-30 000 Dutch companies may be engaged in intercompany transactions. The bulk of this group is medium sized (less than 200 employees). It is likely that the majority of these transactions take place within the European Union and predominantly with group companies in Germany, Belgium, France and the UK. The legislation applicable to these transactions is very complex. The total body of legislation is about 5 times the size of the Dutch Corporate Income Tax act and is to a large extent not available in Dutch. The complexity is such that it is questionable whether any but the 20 largest Dutch taxpayers will be able to apply the legislation without help from advisors.

The remainder of the taxpayers may decide to use external counsels or just take the risk.

The tax authorities have created a knowledge pyramid where on top of the pyramid there are around 10 dedicated transfer pricing specialists. The knowledge of the specialists is drilled down in the organization through internal training programs. The background of the field agents that are not fully dedicated to transfer pricing is such that it may be expected that they will not be able to apply the legislation properly.

Within the judiciary there is no dedicated specialized knowledge on transfer pricing. Judges have a good knowledge of tax law, however no mechanism is available to

develop transfer pricing knowledge. Additionally the judiciary probably lacks specialized economic knowledge to apply the transfer pricing legislation.

The Dutch schooling system does not offer any special training programs in the area of transfer pricing.

The conclusion therefore is that there is a legal system that probably is far too complex for the majority of the intercompany transactions. The legislation is so complex that it will be hard for any but the largest 20 taxpayers to apply the rules properly. At the same time also the tax authorities have far too few trained staff to apply the rules with other than real big companies. The training of judges is so weak that there is not an independent body that can decide with knowledge in case of conflicts.

3. The investment climate defined

The CBS has published a meaty study into factors that could improve the investment climate. The determinants and drivers of economic growth are probably the most important elements to ensure economic growth. Factors like available entrepreneurs, staff and capital are crucial for innovation. Government and infrastructure are according to the CBS factors that are preconditions for economic growth and innovation.⁶ The existence of a well-functioning government or a good infrastructure does not create growth and innovation; a weak infrastructure or government, however, may seriously hamper economic growth. Important elements for a good functioning government are the existence of a framework in which obligations and rights are properly defined, a proper control/review of the implementation of the legislation as well as a framework to ensure legal certainty. This should be done in an efficient manner ensuring both the best interest of government and companies.⁷ When looking at the infrastructure ICT-infrastructure and schooling are important elements that may be influenced by public authorities as well as private financiers.⁸

4. Transfer pricing redesign

4.1. Would a redesigned transfer pricing system improve the investment climate?

As noted above the current transfer pricing environment is not an example of “good government” because the legislation does not define obligations and rights clearly. It is extremely complex resulting in inefficiency through high costs for taxpayers (and probably tax authorities as well). Legal certainty is questionable for the majority of the taxpayers due to lack of training of judiciary, taxpayers and tax aut-

6 Figures on the investment climate in the Netherlands 2008, Statistics Netherlands, p. 13-14.

7 Het Nederlands ondernemingsklimaat in cijfers 2008, CBS, p. 234.

8 Het Nederlands ondernemingsklimaat in cijfers 2008, CBS, p. 271.

horities. In this respect an effort could be made to improve the investment climate by taking away some of the negative elements of the current system.⁹

The question I would like to raise is if we would have the possibility to overhaul the existing transfer pricing system how we should do this.

4.2. *Limitation of the number of affected taxpayers through generic exemptions*

One approach could be to limit the number of taxpayers that are actually affected by transfer pricing rules. I estimate that there are between 10.000 and 30.000 entities that are potentially affected. The majority of which fall in the category of small and medium sized entities.

A general threshold for transfer pricing could ensure that the majority of taxpayers will be out of scope for transfer pricing legislation. An example of a general threshold is the thin capitalization rules of art. 10d of the Dutch Corporate Income Tax act. These rules are only applicable if the undercapitalization exceeds EUR 500 000. This effectively leads to a situation that smaller taxpayers will not be affected. A general threshold could be also structured more subtle by descoping payments made to countries where there is an acceptable tax rate. This approach is very commonly used in legislation around controlled foreign corporations.

Another alternative, as applied by India, is to allow deductions of intragroup payments up to a certain percentage of gross result (or a similar criterion). Anything above that level may be deducted but then documentation requirements apply.

These types of rules are not complex. Each of them could be unilaterally applied by the Netherlands and would potentially lead to exclusion of substantial numbers of taxpayers from the scope of the transfer pricing regulations¹⁰

4.3. *Limitation of affected transactions through published safe harbors*

The above mentioned approach is very much focused on the exclusion of taxpayers. An alternative approach is to limit the number of transactions involved by publishing safe harbors.

In the current TP Regulation (IFZ 2004/680M) the option is included to charge part of support costs without a mark-up to group companies. An option could be for the legislator to publish threshold compensation levels that are considered as acceptable transfer prices for certain services or products. As noted above guidance in the areas of transport, professional advisory services, royalties and agricultural products (and group financing) could cover a big part of the transactions between related parties.

I would expect that publication of safe harbors for intercompany loans, royalty rates, head office expenses and low added value services (for instance administration and production) would greatly help to reduce the costs of compliance and review both

⁹ The CBS report on the investment climate also compares the Netherlands to a peer group of OECD-countries. It is fair to say that the problems noted here for the Netherlands will largely also apply for other OECD-countries.

¹⁰ The data required to get confirmation are not in the public domain. The Ministry of Finance should be able to confirm feasibility and effects.

for the tax authorities and taxpayers. It would strengthen the legal certainty and thereby improve the investment climate.

4.4. *Limitation of affected transactions through published country agreements*

The majority of the international transactions in which a Dutch taxpayer is involved is with a limited number of countries. These are the same countries that are parties to be the bulk of the MAPs for the Netherlands. The overall efficiency and quality of transfer pricing rules could be improved if the Netherlands actively seeks to agree on accepted transfer prices with the individual treaty partners or even with the complete European Union. The transfer prices could be published as an addendum to the treaty and ensure a smooth transfer pricing system, which would greatly add to the existing Treaties for Double Taxation.

Germany and the Netherlands could for instance agree and publish a policy that a mark-up of 5% on costs would be an accepted profit margin on selling, general and administrative costs charged between the two countries.

In this light I also would like to point at the opportunity that a Common Consolidated Tax Base could bring. In the proposal as presented by the European Commission there is clarity on the factors that should be used to allocate a common tax base amongst countries in the EU as well as a relative weighting of these factors.¹¹

A big advantage of a “per country”-approach is that all agreements are bilateral. Bilateral agreements are much easier to negotiate (in comparison to an OECD-agreement), are less driven by political agendas and can thus focus on the relevant countries or problem areas. Countries could almost act like normal corporations that enter into a joint venture. These corporations also would lay down how they will share the revenues before starting to collaborate. That creates certainty and in the end limits conflicts. For the taxpayer the big plus would be certainty in both countries without going to a lengthy APA-process.

4.5. *Publication of anti-abuse criteria*

A point often raised by taxing authorities when reviewing transfer pricing is the abusive use of transfer pricing by taxpayers. Taxpayers could be using transfer pricing to shift income from high-tax jurisdictions to low-tax jurisdictions. There are no published criteria for abusive behavior. This in practice creates the risk that individual tax inspectors will bring forward self-developed criteria of unwanted taxpayer behavior. These secret individual rules may be a nice and magic weapon in the hands of a tax inspector. It leads to arbitrary rules differing per taxpayer. It thereby creates uncertainty with individual taxpayers and the risk of inequality amongst taxpayers.

11 Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)COM(2011) 121/4 2011/0058(CNS), art. 86.1 gives an apportionment. The escape clause in art. 86.2 may render art. 86.1 obsolete in practice.

I think a political discussion on the criteria and publication of them would greatly enhance legal certainty. There are obviously multiple ways to tackle anti-abusive behavior. The first step, however, needs to be a clear definition of abuse. Is every payment to a tax haven abusive? How could you define a tax haven? Is the effective tax rate paid by a taxpayer important? Do we think it is abusive to allocate income to countries where capital is employed (instead of labor)? Once the abusive behavior is defined, a next step could be to draft "legislation" or publish policies that are in the public domain.

4.6. *Education*

As we saw above there is serious worry whether the existing staff of the judiciary, tax authorities and taxpayers are sufficiently equipped to apply the current transfer pricing rules on the bulk of the intercompany transactions. There are full time dedicated specialists with the tax authorities and taxpayers. They seem to work only on or with large multinationals. Even within that group the building up of knowledge may be a challenge.

The knowledge of professionals working with smaller entities is available but presumably rudimentary. When looking at the judiciary it is practically speaking non-existent.

A dedicated schooling program could be a good addition to ensure that the quality of application of the law is improved. Such program could be made available as a Dutch domestic program, for instance as a Master or as an international Master's program offered in the Netherlands or abroad.

5. **Conclusion**

The current transfer pricing rules and their implementation in the Netherlands are a weak element when looking at the investment climate. The legislation is far too complex for the majority of the transactions it governs which leads to uncertainty when it comes to proper application. The rules also seem vague and wooly, which can lead to legal uncertainty as well.

There may be some simple domestic measures that could take away the pain. Additionally a focus on more detailed bilateral country agreements may not only take away the problem on the Dutch side of the intercompany transaction but on the side of the other treaty partner as well.

Last but not least: the availability of a dedicated schooling program for all parties involved could lead to an improved application of the law.

Exitheffingen; Quo vadunt?

prof. mr. F.P.G. Pötgens¹

1. Inleiding

Dit boek is opgedragen aan Jaap Bellingwout die twee lustra² hoogleraar belastingrecht is aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU. Gedurende deze periode heeft hij op gedegen en inspirerende wijze de afdeling Fiscaal recht geleid en de daarbij behorende Master Fiscaal recht mede opgezet en uitgebreid. Deze Master bestaat inmiddels eveneens twee lustra.³ In het tweede lustrum van zijn hooglerarschap heb ik op meer dan plezierige wijze mogen samenwerken met Jaap, waaruit een ware vriendschap is gegroeid. Bij de onderwerpkeuze voor deze bijdrage heb ik me dan ook laten inspireren door de indrukwekkende lijst publicaties en lezingen die Jaap niet alleen gedurende de twee eerdergenoemde lustra het licht heeft laten zien maar ook in de periode daarvoor.⁴ Jaap is in 1996 gepromoveerd op een proefschrift getiteld *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*⁵ en zijn oratie (in 2004) had als titel *Exitheffingen na 'De Lasteyrie'*.⁶ Exitheffingen maakten dus niet alleen het onderwerp uit van zijn oratie, maar speelden ook in zijn proefschrift en in een aantal andere publicaties⁷ een prominente rol. Vandaar dat 'exitheffingen' in de winstsfeer

1 Frank Pötgens is hoogleraar Internationaal en Europees belastingrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van diezelfde universiteit.

2 Het *lustrum* vindt zijn oorsprong bij de Romeinen en was een zoenoffer dat eens per vijf jaar door de Romeinen werd gehouden. Het werd georganiseerd na het afnemen van een *census* (een volkstelling) door een *ensor* (ambtenaar) die elke vijf jaar werd aangesteld. Het was een speciale vorm van *lustratio* (zuiveringsritueel) waarbij alle mannelijke Romeinse burgers als waren ze een leger door de *censores* verzameld werden op het Marsveld (dit was een vlakte ten noorden van het oude Rome) buiten het *pomerium* (het gewijde gebied van Rome dat oorspronkelijk door Romulus zou zijn aangebracht door met een ploeg een lijn te trekken rondom de oorspronkelijke stad die gesticht was door Servius Tullius). Nadat men driemaal in een magische kring rond de groep burgers gelopen had met *suovetaurilia*, dat wil zeggen een offerdierengroep bestaande uit een varken (*sus*), een schaap (*ovis*) en een stier (*taurus*), werden deze dieren geofferd aan Mars. Dit zuiverde het volk en bond het opnieuw. Zie ook M.J. Ellis, 'Het eerste lustrum van het nieuwe aanmerkelijk belangvoorbehoud in Nederlandse belastingverdragen', in: *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting* (Juch-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 311.

3 Ter ere van het eerste lustrum van de Master Fiscaal recht is op 7 juni 2007 onder voorzitterschap van Jaap een congres gehouden onder de titel "Maatschappelijke ondernemingen" waarvan de diverse bijdragen zijn uitgegeven in de serie Fiscaal Actueel, deel 3 (Kluwer).

4 Zie voor een overzicht <http://www.belastingrecht.aandevu.nl/Default.aspx?tabid=124>.

5 De volledige referentie is J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen; privaatrechtelijke en fiscaal-rechtelijke aspecten* (diss Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

6 Zie ook L.J.A. Pieterse, *Fiscale oraties en afscheidsredes. Een bibliografie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 90.

7 Zonder naar volledigheid te willen streven, kunnen in dit verband de volgende publicaties worden genoemd: 'Zetelverplaatsing: afrekening over stille reserves', *TFO* 1997/34, p. 179-196; 'Zetelverplaatsing in beweging (I): eindafrekening anno 2001', *WFR* 2001/271; 'Zetelverplaatsing in beweging (II): eindafrekening ex art. 16 Wet IB 1964:

(en met name de vraag hoe de Nederlandse wetgever hiermee om zou moeten gaan) het onderwerp van deze bijdrage is.

Het HvJ EU heeft zich in zijn arrest *National Grid Indus BV*⁸ als volgt uitgelaten over de houdbaarheid van de Nederlandse eindafrekeningsbepaling in de winstsfeer (art. 16 Wet IB 1964; art. 15c en art. 15d Wet Vpb 1969, almede art. 3.60 en art. 3.61 Wet IB 2001) met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU):⁹

1. Een Nederlandse BV die haar feitelijke leiding verplaatst naar een andere lidstaat (in casu het VK) kan een beroep doen op art. 49 VWEU;
2. De Nederlandse eindafrekening in de vennootschapsbelasting is een belemmering van de vrijheid van vestiging;
3. Deze belemmering is gerechtvaardigd vanwege het territorialiteitsbeginsel met een temporele component;
4. De Nederlandse exitheffing is geschikt de sub 3 genoemde doelstelling te verwezenlijken;
5. De exitheffing is proportioneel wat betreft de vaststelling van de belastingsschuld, maar zij is disproportioneel indien zij onverkort een directe invordering van de belastingheffing voorschrijft op het moment van de zetelverplaatsing.

Gezien de betrokkenheid van de schrijver dezes bij de zaak *National Grid Indus BV* onthoud ik mij van kritiek hierop en analyse hiervan; ik volsta met verwijzingen naar de literatuur.¹⁰ De Staatssecretaris van Financiën heeft op het arrest *National Grid Indus BV* gereageerd door middel van een resolutie van 14 december 2011, *BNB* 2012/41 waarin hij, onder meer, aankondigt dat de wet met terugwerkende kracht wordt gewijzigd omdat zij niet voorziet in een uitstel van invordering tot het moment van daadwerkelijke realisatie bij een eindafrekening in de winstsfeer.

Desalniettemin verdient het overweging of er alternatieven denkbaar zijn voor de bovengenoemde exitheffing, waarbij tevens acht wordt geslagen op het Nederlandse vestigingsklimaat en de algemene kwaliteitseisen voor wetgeving.¹¹ Wat betreft het vestigingsklimaat kan worden aangenomen dat een exitheffing en de modaliteiten daarvan van belang zijn voor potentiële investeerders in Nederland (uitreisregeling).

recente jurisprudentie', *WFR* 2001/311; 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/217 en (samen met M. Koerts), 'Cartesio, drie jaar later...', *WFR* 2012/12.

8 HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, (*National Grid Indus BV*).

9 Vergelijk tevens HR 13 januari 2012, *V-N* 2012/6.11.

10 Zie voor een kritische beschouwing van dit arrest, E.C.C.M. Kemmeren, 'The Netherlands: Infringement Procedure on Exit Taxes on Business (C-301/11)', in: *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2011* (Series on International Tax Law), Wenen: Linde Verlag 2012, p. 183-222; aant. Redactie Vakstudie, *V-N* 2011/67.8; S.C.W. Douma, annotatie *BNB* 2012/40 en P.J. Wattel, 'Carrying on discriminating', *NJB* 2011, p. 2248.

11 Jaap komt overigens eveneens tot de gevolgtrekking dat de wetgever alternatieven in overweging moet nemen (Beltingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4).

2. Criteria voor goede wetgeving

In 1991 heeft het toenmalige kabinet in de nota “Zicht op Wetgeving” een aantal algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving geformuleerd.¹² Deze eisen luiden als volgt:

1. Rechtmatigheid (niet in strijd met hoger recht) en verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen;
2. Doeltreffendheid en doelmatigheid;
3. Subsidiariteit en evenredigheid (niveau van regulering en kosten: baten);
4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
5. Afstemming met andere regelgevingen;
6. Eenvoud, helderheid en toegankelijkheid.¹³

Een en ander is na 1991 uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving, een regeling van de Minister-President (Minister van Algemene Zaken) gericht op zijn bewindslieden en hun ambtenaren.¹⁴ Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat de kwaliteitseisen vrij open zijn en niet altijd voldoende houvast bieden te bepalen of eraan voldaan is.¹⁵ Daarenboven zijn de kwaliteitseisen geen technische eisen, maar eisen waarin waarden en belangen schuil gaan.¹⁶ Desalniettemin bieden de eisen wel een beoordelingskader dat in ieder geval in het kader van deze bijdrage een nuttig uitgangspunt biedt.

Bij de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen kan gewezen worden op het gelijkheidsbeginsel en het rechtvaardigheidsbeginsel, waartoe mogelijk ook de samenhanggedachte gerekend kan worden.¹⁷ In dat verband is het met het oog op de appreciatie van een exitheffing van belang of en hoe na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking worden genomen. Bij de afweging van een wettelijke regeling die uiteindelijk de voorkeur verdient, wordt dan ook acht geslagen op deze omstandigheid.

12 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2. Zie voor een analyse van de nota maar dan specifiek gericht op de fiscale wetgeving, J.A.G. van der Geld, *Zicht op fiscale wetgeving*, Tilburg University Press 1991. Zie ook de nota van de Commissie Deetman over staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing, waarin over wetgeving wordt gezegd dat de legitimatie ervan door de procedure onvoldoende is, dat ook de inhoud legitimatie moeten kunnen verwerven: deze moet voldoen aan rechtsstatelijke eisen, aan eisen van effectiviteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, en moet vermijden dat een beroep op de rechter wordt gedaan (*Kamerstukken II* 1990/91, 21 427, nr. 3, p. 31 en 31 (MvT)). Zie ook G.J. Veerman, *Over wetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 165 en 166 en R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State getoetst aan de hand van ex post evaluaties*, Universiteit van Tilburg 2008, p. 23 en 24.

13 Deze kwaliteitseisen zijn herbevestigd in de nota “Wetgevingskwaliteit”, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 475, nr. 2. Vergelijk ook, Veerman, *ibid.*, p. 166. Zie voor de achtergronden en de historie van kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld, alsmede factoren die hierop van invloed kunnen zijn, Ph. Eijlander, ‘De betekenis van wetgeving’, in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 67-69.

14 *Stcrt.* 1991, 230; ze zijn inmiddels diverse malen aangevuld en tevens te vinden op www.overheid.nl. Zie ook Veerman, t.a.p., p. 166.

15 Veerman, *ibid.*, p. 167.

16 Veerman, *ibid.*, p. 167.

17 Vergelijk R.C.C. de Wit, *De samenhanggedachte in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 131 en 132.

3. Een aantal varianten

3.1. Wettelijke bepalingen

3.1.1. Een conserverende aanslag in de winstsfeer

Een voor de hand liggend alternatief is een conserverende aanslag in de winstsfeer waarbij tot op zekere hoogte aansluiting wordt gezocht bij de conserverende aanslag zoals die geldt voor een emigrerende aanmerkelijk belanghouder (art. 4.16 lid 1 letter h Wet IB 2001 jo. art. 4.46 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 25 lid 8 Invorderingswet 1990).¹⁸ Dit zou een uitstel van betaling behelzen (zonder zekerheidstelling bij emigraties naar een andere lidstaat van de EU) tot het moment van daadwerkelijke realisatie, tenzij binnen een periode van tien jaar na het opleggen van de conserverende aanslag geen realisatie plaatsvindt. Na tien jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden (conform art. 26 lid 2 Invorderingswet 1990). Verder zouden waardeverminderingen die optreden na de emigratie in de vertrekstaat (in casu Nederland) in aanmerking moeten worden genomen, tenzij zulks in de ontvangststaat geschiedt. Een nadeel van dit alternatief is dat het praktisch lastiger uitvoerbaar is indien de conserverende aanslag een veelheid van activa en passiva omvat waarvoor verschillende winstvaststellingsregels gelden. Uiteraard is de bepaling van het realisatiemoment en wat onder realisatie moet worden verstaan eveneens precair en dan met name het onderscheid tussen afschrijfbaar en niet-afschrijfbaar activa.¹⁹

Indien deze mogelijkheid wordt geëvalueerd aan de hand van de hiervoor genoemde criteria, kan worden vastgesteld dat zij relatief laag scoort op uitvoerbaarheid aangezien zij, zeker indien een veelheid van activa en passiva in het geding is waarvoor verschillende winstvaststellingsregels gelden (uiteraard kan ook de bepaling van het realisatiemoment een zekere impact hebben op de uitvoerbaarheid).²⁰ Enerzijds zou dit voor de belastingplichtige betekenen dat een en ander in de aangifte moet worden verwerkt, hetgeen door de belastingdienst gecontroleerd zou moeten worden. Anderzijds kan worden vastgesteld dat vergelijkbare regels van toepassing zijn, indien een Nederlands hoofdhuis vermogensbestanddelen op duurzame wijze in gebruik geeft aan de in het buitenland gesitueerde vaste inrichting, hetgeen wordt voortgezet onder de vanaf 1 januari 2012 geldende objectvrijstelling (art. 15e Wet Vpb 1969).²¹ Vanuit dat perspectief, hoewel de situaties natuurlijk niet geheel vergelijkbaar zijn (de vaste inrichting vormt immers een onderdeel van de in Nederland residerende belastingplichtige), zijn er in het Nederlandse belastingrecht in de winstsfeer aanknopingspunten voor het behandelen en administreren van een veelheid van activa. Daarenboven zou belastingplichtigen een keuze kunnen worden

18 Zie ook F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb 1969. EU-rechtelijk onhoudbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 87 e.v.

19 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.4.

20 Zie ook Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.3.

21 Belastingplan 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 103 (MvT).

geboden op basis waarvan zij direct kunnen afrekenen bij moeilijk te administreren en te registreren activa en de andere activa deel uitmaken van een conserverende aanslag in de winstsfeer.²²

De conserverende aanslag in de winstsfeer scoort in ieder geval goed op de volgende punten:

- verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen (vanwege het in aanmerking nemen van waardeverminderingen die opkomen na de emigratie indien de ontvangststaat zulks niet doet);
- afstemming met andere regelgeving (het is goed inpasbaar in de huidige Nederlandse belastingwetgeving);
- het Nederlandse vestigingsklimaat (mede vanwege de beperking van de periode waarvoor uitstel van betaling wordt toegekend tot tien jaar en de mogelijke kwijtschelding na die periode, het ontbreken van een zekerheidsstelling indien wordt geëmigreerd naar een andere lidstaat van de EU); en,
- rechtmatigheid (het is in overeenstemming met het VWEU en de jurisprudentie van het HvJ EU).

3.1.2. Zweedse exitheffing²³

De Zweedse belastingwetgeving voorziet in een eindafrekening (over meerwaarden in vaste activa, voorraden en de fiscale reserves) indien een Zweedse belastingplichtige vennootschap haar feitelijke leiding vanuit Zweden naar een andere jurisdictie verplaatst. Mede naar aanleiding van een met redenen omkleed advies dat de Europese Commissie Zweden in 2008²⁴ zond, introduceerde het een uitstelvariant indien de feitelijke leiding van de vennootschap werd verplaatst naar een andere lidstaat van de EU. In dat geval wordt uitstel van betaling verleend voor een periode van tien jaar en op verzoek kan het uitstel telkens met een jaar worden verlengd, in beginsel tot aan het moment van realisatie. In dit verband geldt evenwel een fictieve vrijval voor materiële en immateriële vaste activa in gelijke jaarlijkse termijnen van respectievelijk vijf en tien jaar.²⁵

De Zweedse exitheffing wordt negatief geëvalueerd op de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen omdat zij, onder meer, geen rekening houdt met waardeverminderingen die optreden na de emigratie (zij ondervangt wel de lastige bepaling van het realisatiemoment). Een ander negatief oordeel van deze exitheffing kan

22 Zie ook S.C.W. Douma, annotatie bij *BNB* 2012/40, onderdeel 6.2 die veronderstelt dat het arrest *National Grid Indus BV* een dergelijke keuze evenzeer toelaat.

23 Voor een beschrijving van de Zweedse regeling kan worden verwezen naar Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.1; B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 514 en Emmerink, *ibid.*, p. 91 e.v.

24 Persbericht van de Europese Commissie, 18 september 2008, IP/08/1362.

25 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.1 en Emmerink, *ibid.*, p. 92. Omdat een exitheffing in termijnen gezien kan worden als een ruwe variant op de Zweedse exitheffing laat ik die verder buiten beschouwing (zij voegt verder weinig toe aan de Zweedse exitheffing en levert evenmin een besparing op qua uitvoeringskosten; zie ook Emmerink, *ibid.*, p. 98 en 99). Voor meer bijzonderheden kan worden verwezen naar M. Koerts, 'Houdbaarheid van exitheffing bij zetelverplaatsing van vennootschappen in Europees perspectief', *WFR* 2009/529, § 5.

zijn gelegen in de rechtmatigheid. Immers, indien bij een binnenlandse verhuizing andere (lees: minder of niet belemmerende) maatregelen gelden, dan kan de vraag opkomen of en in hoeverre zij in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU). Mede de oordelen in aanmerking nemende in het eerdergenoemde arrest *National Grid Indus BV* en het *N*-arrest²⁶ is het aannemelijk dat het HvJ EU de betreffende belemmering gerechtvaardigd acht vanwege het territorialiteitsbeginsel met een temporele component. Dan dient te worden nagegaan, aannemende dat de exitheffing geschikt is het betreffende doel te bereiken, of zij proportioneel is. Het is de vraag of dat voor de fictieve vrijval inderdaad het geval is. De Zweedse exitheffing voldoet wel aan de criteria die gesteld kunnen worden aan uitvoerbaarheid (waarop zij zeker zonder de eerder aangegeven keuzevariant beter scoort dan de conserverende aanslag in de winstsfeer) en helderheid. Zij lijkt bovendien redelijk goed inpasbaar in het huidige Nederlandse wettelijke systeem omdat zij de nodige vergelijkbaarheid met de conserverende aanslag in de winstsfeer vertoont.²⁷ Voor het vestigingsklimaat is het nadelig dat de heffing na ommekomst van een aanzienlijk periode niet wordt kwijtgescholden (althans in vergelijking met de conserverende aanslagvariant) en dat de Zweedse exitheffing niet automatisch uitstel verleent.²⁸

3.1.3. Oostenrijkse exitheffing²⁹

Een in Oostenrijk residerende vennootschap die haar feitelijke leiding naar een andere jurisdictie verplaatst, wordt eveneens geconfronteerd met een exitheffing. Op verzoek van de betreffende belastingplichtige wordt evenwel uitstel van betaling verleend tot het moment van daadwerkelijke vervreemding. Voor zelfontwikkelde materiële activa geldt een terugname van eerder afgetrokken kosten die forfaitair wordt vastgesteld op 65% van de waarde van het immaterieel activum; de belastingplichtige heeft wel de mogelijkheid tegenbewijs te leveren. Het uitstel wordt verleend indien de vennootschap haar feitelijke leiding verhuist naar een lidstaat van de EU of een staat van de EER, dan wel een staat waarmee een verdrag is gesloten dat in wederzijdse bijstand voorziet. Oostenrijk houdt verder rekening met waardeverminderingen die zich voordoen na de emigratie tenzij zij in de ontvangststaat in aanmerking worden genomen (step-up). Het bedrag van de waardeverminderingen die Oostenrijk als vertrekstaat in aanmerking moet nemen, is gemaximeerd op het bedrag aan stille reserves dat voorhanden is op het moment van de emigratie. Na tien jaar wordt het uitstel beëindigd en de dan nog resterende exitheffing kwijtgescholden.

Uit de mij ter beschikking staande informatie over de Oostenrijkse exitheffing blijkt niet of voor het uitstel ook zekerheid moet worden gesteld. Uiteraard zou het vanuit het perspectief van het vestigingsklimaat aangewezen zijn dit vereiste niet te stellen indien geëmigreerd wordt naar een lidstaat van de EU. Bij een dergelijke

²⁶ HvJ EU 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*).

²⁷ Vergelijk ook Emmerink, *ibid.*, p. 95.

²⁸ Emmerink, *ibid.*, p. 95.

²⁹ Zie Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.2.

emigratie kan immers gebruik worden gemaakt van de Bijstandsrichtlijn³⁰ of de Invorderingsrichtlijn³¹ (waarbij ervan uitgegaan kan worden dat de jurisprudentie die tot dusverre is gewezen aan het voorhanden zijn van deze richtlijnen het nodige belang hecht).³² Het zou logisch en aangewezen zijn dat het HvJ EU in dezen ook gewicht zou toekennen aan het Verdrag inzake de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB) van de Raad van Europa en de OESO³³ en de met art. 26 (informatie-uitwisseling) en art. 27 (bijstand bij invordering) van het OESO-Modelverdrag overeenkomende bepalingen uit de Nederlandse belastingverdragen. In ieder geval zou de Nederlandse wetgever daar belang aan kunnen hechten, ook indien wordt geëmigreerd naar een buiten de EU gelegen jurisdictie waarmee een belastingverdrag is gesloten in voornoemde zin of die partij zijn bij het WABB.

Wat betreft de verwerkelijking van rechtsbeginselen is het uiteraard positief dat de vertrekstaat rekening houdt met na de emigratie optredende waardeverminderingen indien dat niet in de ontvangststaat geschiedt (het miskent wellicht het feit dat niet alle waardedalingen die optreden na de emigratie een *verlies* zijn en het gaat voorbij aan de moeilijkheden die de bepaling van het realisatiemoment meebrengen).³⁴ Wat betreft de eventuele kwijtschelding na tien jaar kan worden verwezen naar hetgeen is opgemerkt over de conserverende aanslag in de winstsfeer en dat deze figuur een gunstig effect kan hebben op het vestigingsklimaat. De Oostenrijkse exitheffing kan eigenlijk gesitueerd worden tussen de conserverende aanslag in de winstsfeer en de Zweedse exitheffing. Daarmee lijkt zij ook inpasbaar in de Nederlandse wettelijke regelgevingen en scoort zij goed qua rechtmatigheid (overeenstemming met het Europese recht). Vraagtekens kunnen in dit kader wellicht worden gezet bij de forfaitaire terugname van kosten op immateriële activa indien een zelfde regeling niet in binnenlandse verhoudingen geldt. Al zal de mogelijkheid tegenbewijs te leveren in ieder geval vanuit het oogpunt van evenredigheid een gunstig effect hebben.

30 Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799/EEG. Zie voor de vanaf 1 januari 2013 geldende richtlijn, Terra & Wattel, *ibid.*, p. 419 e.v.

31 Richtlijn 2010/24/EU van 16 maart 2010 van de Raad betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen. Voor de vanaf 1 januari 2013 geldende richtlijn kan worden verwezen naar Terra & Wattel, *ibid.*, p. 419 e.v.

32 Zie onder meer HvJ EU 11 juni 2009, nr. C-521/07 (*Commissie v. Nederland*); HvJ EU 9 oktober 1980, nr. 823/79 (*Carciati*) alsmede HvJ EU 12 april 1994, nr. C-1/93 (*Halliburton*) inzake de Bijstandsrichtlijn en HvJ EU 3 oktober 2006, nr. C-294/04 (*Scorpio*) inzake de Invorderingsrichtlijn. De verwijzing naar deze instrumenten vindt meestal plaats bij de proportionaliteits- of evenredigheidstoets. Enigszins verrassend is dan ook dat A-G Kokott in haar conclusie van 21 december 2011, nr. C-498/10, (*X (Feyenoord)*) deze vaste lijn niet volgt. Zij legt de nadruk op de praktische problemen, waarmee lidstaten bij de toepassing van de Invorderingsrichtlijn worden geconfronteerd. Het met die richtlijn gegeven instrumentarium blijkt niet de slagkracht te hebben die het wordt toegedicht. Zij wijst in dit verband op een verslag van de Europese Commissie van 4 april 2009, waarin is vermeld dat van de bedragen waarvoor over de jaren 2005 tot en met 2008 invorderingsbijstand is gevraagd, slechts 5% daadwerkelijk is ingevorderd. Een en ander brengt dan naar haar oordeel mee dat de Invorderingsrichtlijn niet als de vervanger van een bronbelasting moet worden gezien (een ambitie die in de preambule van de richtlijn overigens ook niet is terug te vinden). De vraag is echter of het HvJ EU de A-G op dit punt gaat volgen. Zie aant. Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2012/4.22.

33 Gesloten op 25 januari 1988 te Straatsburg.

34 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.4.

3.2. *Belastingverdragen*

Naast de hiervoor genoemde exitheffingen – die een basis hebben in de nationale wetgeving – zijn er ook varianten die enerzijds evident in strijd zijn met de door die staat gesloten belastingverdragen (Frankrijk) of die wel in overeenstemming met een belastingverdrag kunnen worden geacht. Hierbij kan gedacht worden aan de exitheffing die in overeenstemming met het belastingverdrag is toegepast op een zodanige wijze dat de voormalige vertrekstaat (Duitsland) een heffingsrecht heeft indien zich na de emigratie een realisatie voordoet voor de meerwaarden en inkomsten. Voorwaarde is wel dat deze meerwaarden en inkomsten hun oorsprong vinden in de in Duitsland verrichte activiteiten (die een vaste inrichting vormen). Verder kan gewezen worden op een woonplaatsgebonden compartimentering die in een belastingverdrag is vervat.

Frankrijk biedt de mogelijkheid voor de emigrerende vennootschap te opteren voor het aanhouden van een fictieve vaste inrichting waardoor gedaan wordt alsof de activa en passiva tegen de oorspronkelijke boekwaarden te boek gesteld blijven vanuit fiscaal perspectief. Vanwege de moeizame relatie met belastingverdragen wordt deze mogelijkheid buiten aanmerking gelaten.³⁵

Ook het Bundesfinanzhof zoekt een oplossing voor een mogelijke exitheffing deels in de belastingverdragen.³⁶ Een ondernemer (een uitvinder) die vanuit Duitsland naar België emigreerde en in België zijn onderneming voortzette, diende in Duitsland op het moment van de emigratie niet af te rekenen over de stille reserves die destijds aanwezig waren in zijn activa. Een dergelijke belastingheffing kon, aldus het Bundesfinanzhof, plaatsvinden op het moment van de daadwerkelijke realisatie waarbij het ervan uitging dat Duitsland onder het verdrag met België ter zake een heffingsrecht behield voor zover de meerwaardecreatie betrekking had op de binnenlandse Duitse periode (ingevolge art. 7 of art. 13 van de met het OESO-Modelverdrag overeenkomende bepalingen uit het belastingverdrag tussen België en Duitsland; de Duitse activiteiten constitueerden een vaste inrichting).³⁷ Het is evenwel nog maar de vraag of andere jurisdicties de visie van het Bundesfinanzhof zullen volgen en of zij de hele meerwaarde in de belastingheffing zullen betrekken (bijvoorbeeld omdat een staat geen step-up verleent en van mening is dat hij het volledige heffingsrecht heeft over de meerwaarde die na de emigratie wordt gerealiseerd).

³⁵ Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.3.

³⁶ Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IO R 99/08, besproken door Kemmeren, *ibid.*, § IV, sub. 4 en *idem*, 'The Netherlands: Pending Cases Filed by the Netherlands Courts: The National Grid Indus (C-371/10) and Feyenoord (C-498/10 (X)) Cases', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer & A. Storck (red.), *ECJ Developments in Direct Taxation 2010*, Series on International Taxation, Wenen: Linde Verlag 2011, p. 171; Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.3; R. Kok, 'Compatibility of Exit Taxes and Community Law', *Intertax* 2011/2, p. 68 en P.J. Wattel in: W.W. Monteiro & M. Koerts, 'Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht', *WFR* 2011/319.

³⁷ Wat betreft de relatie van de Nederlandse exitheffing in de winstfeer met de door Nederland gesloten belastingverdragen kwam Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 15 juli 2010, *I-N* 2010/35.6 tot de conclusie dat Nederland als vertrekstaat een heffingsrecht had over de meerwaarde zoals die in de exitheffing was vervat (op basis van art. 13 van het voormalige belastingverdrag met het VK). Vergelijk tevens de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake nagekomen basten uit vaste inrichtingen (HR 25 februari 1976, *BNB* 1976/110 en HR 27 maart 1991, *BNB* 1991/204).

Dit laatste bezwaar wordt ondervangen door de suggestie van Kemmeren. Hij wil de problematiek van de exitheffingen oplossen door in belastingverdragen de verdeling van de latente claim tussen lidstaten vast te leggen,³⁸ dat wil zeggen de woonplaatsgebonden compartimentering (een aandachtspunt is uiteraard dat Nederland geen belastingverdrag met Cyprus heeft gesloten).³⁹ Het inkomen waarover de vertrekstaat mag heffen, wordt neergelegd in een voor bezwaar vatbare beschikking. De vertrekstaat neemt na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking indien de ontvangststaat dit niet doet. Verder dienen de staten elkaar wederzijdse bijstand te verlenen bij de uitwisseling van informatie en de invordering van belastingen. Deze suggestie van Kemmeren biedt ondernemingen de nodige rechtszekerheid aangezien de heffingsrechten tussen de betrokken lidstaten verdeeld worden waarmee tevens het vestigingsklimaat is gediend. Het is alleen de vraag of er bereidheid bestaat bij verdragsluitende staten de heffingsrechten over een latente claim te verdelen en die verdeling bovendien nog in een belastingverdrag neer te leggen (een verordening zal in dezen evenmin eenvoudig te realiseren zijn). Een ander voordeel is dat de woonplaatsgebonden compartimentering in overeenstemming is met de verwerking van algemene rechtsbeginselen aangezien de vertrekstaat de na de emigratie optredende waardeverminderingen meeneemt indien de ontvangststaat dat nalaat. Verder is het voorstel rechtmatig, dat wil zeggen het is in overeenstemming met het Unierecht indien een zodanige verdeling van de heffingsrechten overeen zou kunnen worden gekomen dat er geen verschil van behandeling en heffing plaatsvindt tussen de emigrerende en thuisblijvende vennootschap.

3.3. EU-oplossingen

Door Wattel is voorgesteld een clearingsysteem in een richtlijn neer te leggen die de overname van de latente claim tussen beide in de EU gelegen en betrokken lidstaten dwingend voorschrijft. De belastingclaim van de emigrerende belastingplichtige gaat zodoende met hem mee en de lidstaat van vertrek kan alsnog belasting innen.⁴⁰ Een dergelijk systeem is uiteraard aantrekkelijk maar het is wederom de vraag of het politiek haalbaar is.

De Common Consolidated Corporate Tax Base die vervat is in een conceptrichtlijn van de Europese Commissie⁴¹ zou tot gevolg kunnen hebben dat tussen de deelnemende lidstaten de exitheffingen worden losgelaten (de CCCTB kan worden ingevoerd als slechts negen lidstaten zulks accorderen; art. 20 lid 2 VWEU).⁴²

38 Als verdere mogelijkheden noemt Kemmeren een multilateraal belastingverdrag en een Verordening (*WFR*, *ibid.*, § 8.2).

39 E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613, § 8 en *idem*, *ibid.* 2012, § VI.3 en, *ibid.*, 2011, § II.4.2.1.

40 P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', *NtFR* 2002/303.

41 Conceptrichtlijn van 16 maart 2011, IP/11/319.

42 Zie voor enige internationale aspecten van de CCCTB: J.W. Bellingwout, 'DrieCTB - Enige internationale aspecten', *WFR* 2011/1425.

4. Conclusie

Internationale of Unierechtelijke oplossingen of alternatieven voor exitheffingen (zie § 3.2 en § 3.3) hebben als voordeel dat zij de duidelijkheid, rechtszekerheid en rechtmatigheid dienen. Het is evenwel de vraag of staten hiertoe bereid zijn. Vooralsnog is het te verwachten dat de respectieve lidstaten exitheffingen zo veel mogelijk in de nationale wetgeving willen vervatten. In deze bijdrage heb ik een aantal wettelijke mogelijkheden geschetst en getoetst op de kwaliteitseisen voor goede wetgeving en een gunstige impact op het vestigingsklimaat. In dat verband ben ik er van uitgegaan dat het in aanmerking nemen van de waardeverminderingen in de vertrekstaat indien zij na de emigratie optreden en niet in de ontvangststaat worden meegenomen ressorteert onder het criterium van de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen.

Het zou, mede met het oog op het Nederlandse vestigingsklimaat, van belang zijn de geschetste mogelijkheden te evalueren en uiteindelijk de beste variant op te nemen in wetgeving. De varianten die zijn besproken voldoen niet op alle onderdelen aan de geformuleerde uitgangspunten. Een exitheffing die in de nationale wetgeving wordt vervat, zou naar mijn mening de volgende kenmerken moeten hebben:

- de verstrekstaat moet de na de emigratie optredende waardevermindering in aanmerking nemen indien dat niet in de ontvangststaat geschiedt;
- uitstel van betaling moet automatisch worden toegekend zonder dat zekerheid wordt gesteld indien wordt geëmigreerd naar een lidstaat van de EU, EER of een staat waarmee een verdrag is gesloten dat voorziet in bijstand bij invordering of informatie-uitwisseling of dat partij is bij het WABB;
- het uitstel van betaling moet in de tijd beperkt zijn (een redelijke termijn) en het onbetaalde bedrag moet na ommekomst van die termijn worden kwijtgescholden;
- de exitheffing moet in overeenstemming zijn met het Unierecht;
- er dient duidelijkheid te bestaan over het begrip realisatie en de bepaling van het realisatiemoment;
- de exitheffing moet inpasbaar zijn in de bestaande Nederlandse wetgeving.

Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing

prof. mr. W.J.M. van Veen¹

1. Inleiding

Door middel van een grensoverschrijdende fusie kan een vennootschap zich in een andere lidstaat vestigen. Hoewel bij een fusie de verdwijnende vennootschap ophoudt te bestaan, houdt daardoor niet de door die vennootschap gedreven onderneming op te bestaan. Die onderneming komt in andere handen, zoals dat ook zou kunnen door middel van een activa-passiva transactie of de verkoop van aandelen. Een grensoverschrijdende fusie is dan ook een van de mogelijkheden om – met specifieke kenmerken zoals de overgang onder algemene titel – een onderneming of dochtervennootschap te verwerven in een ander land. Door middel van een grensoverschrijdende fusie kan ook een nieuwe vennootschap worden opgericht. De mogelijkheid tot grensoverschrijdend fuseren komt dan ook de vestigingsmogelijkheden en daarmee het vestigingsklimaat ten goede.

In dit licht moet het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: ‘HvJ EU’) inzake *SEVIC* worden gezien. In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat grensoverschrijdende fusies behoren tot de economische activiteiten die vallen binnen de reikwijdte van het recht op vrije vestiging voor ondernemingen.² Het HvJ EU voegde daaraan toe dat dit ook geldt voor andere vormen van ‘omzetting’. Het Hof refereerde hierbij aan de rechtsfiguren genoemd in § 1 van het Duitse Umwandlungsgezet, waarin naast de juridische fusie onder meer ook de omzetting en de juridische splitsing worden genoemd.³

Inmiddels heeft het HvJ EU in het arrest *Cartesio*⁴ bepaald dat ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing, mits met gelijktijdige omzetting in een vennootschapsvorm naar het recht van het beoogde land van inreizen, valt onder het recht op vrije vestiging. Een lidstaat moet derhalve toelaten dat vennootschappen die vallen onder zijn recht, zich door middel van een grensoverschrijdende omzetting omzetten in een vennootschapsvorm die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. De

¹ Wino van Veen is hoogleraar vennootschaps- en rechtspersonenrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en als special counsel ondernemingsrecht verbonden aan Baker & McKenzie te Amsterdam en maakt deel uit van de leiding van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

² HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03.

³ §1 lid 1 Umwandlungsgezet luidt: (1) Rechtsträger mit Sitz im Inland können umgewandelt werden 1. durch Verschmelzung; 2. durch Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung); 3. durch Vermögensübertragung; 4. durch Formwechsel.

⁴ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06.

vennootschap krijgt aldus een andere ‘nationaliteit’. Het HvJ EU stelt hieraan wel de beperking dat het beoogde land van inreizen de omzetting toelaat.⁵

Door middel van een grensoverschrijdende omzetting kan ook ten aanzien van een bestaande vennootschap het gunstigste land van vestiging worden gekozen, zonder ontbinding en de noodzaak om de vennootschap opnieuw op te richten. Het belang bij een dergelijke omzetting kan zijn gelegen in het feit dat de ondernemingsactiviteiten in een ander land worden verricht. Indien de vennootschap binnen een ander rechtstelsel moet functioneren dan de met haar verbonden onderneming, leidt dit gemakkelijk tot fricties en additionele (administratieve en juridische) kosten. Een grensoverschrijdende omzetting maakt het ook mogelijk om het voor de vennootschap gunstigste vennootschapsrecht te kiezen.⁶ De mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing neemt aldus een drempel weg die het verwerven of vestigen van een onderneming in een ander land dan het land van oprichting belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken.⁷

Voordat het arrest *SEVIC* en het arrest *Cartesio* werden gewezen, waren de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie en de mogelijkheid tot zetelverplaatsing reeds gerealiseerd in twee Europese verordeningen. De eerste hiervan is de SE-verordening,⁸ die inwerking is getreden in 2004. De tweede is de SCE-verordening.⁹ Deze laatste verordening was reeds vóór het arrest *SEVIC* aangenomen, maar trad daarna – in 2006 – in werking. Eerst met ingang van 15 juli 2008 is een regeling voor grensoverschrijdende fusies in Boek 2 BW opgenomen.¹⁰ Deze in de art. 2:333b e.v. BW opgenomen regeling, strekt tot implementatie van de Tiende Richtlijn.¹¹

Aldus is in een tijdsbestek van slechts enkele jaren vanuit verschillende bronnen een scala aan mogelijkheden ontstaan op basis waarvan een grensoverschrijdende fusie dan wel grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan worden uitgevoerd, zonder dat hier een eenduidig plan aan ten grondslag lag. Hierdoor rijst de vraag of er op het punt van grensoverschrijdende herstructureringen wel voldoende consistentie en samenhang bestaat. Het ontbreken hiervan zou gemakkelijk kunnen leiden tot rechtsonzekerheid en additionele kosten en mede daardoor het vestigingsklimaat niet ten goede komen.

⁵ Zie r.o. 112.

⁶ Hierbij is m.i. ook de vestigingsvrijheid van de aandeelhouders/vennoten van de vennootschap aan de orde. Indien dit natuurlijke personen zijn die onderdanen zijn van een lidstaat, speelt dat zij de vrijheid van vestiging hebben uitgeoefend in een lidstaat en dat zij het oogmerk hebben om deze vrijheid uit te oefenen in een andere lidstaat. Deze situatie valt onder hetzij art. 54 VWEU, hetzij art. 49 VWEU. Vgl. A-G N. Jääskinen, 15 december 2010, nr. C-378/10.

⁷ Vgl. de voor schending van gegarandeerde vrijheden aangelegde criteria: HvJ EG 31 maart 1993, nr. C-19/92 (*Kraus*), r.o. 32; 30 november 1995, nr. C-55/94 (*Gebhard*), nr. 37; 9 maart 1999, nr. C-212/97 (*Centros*), nr. 34; 30 september 2003, nr. C-167/01 (*Inspire Art*), nr. 133.

⁸ Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PbEG*, van 10 november 2001, nr. L 294/1.

⁹ Verordening (EG) Nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), *PbEU*, 18 augustus 2003, nr. L 207/1.

¹⁰ *Stb.* 2008, 261.

¹¹ Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *PbEU* van 25 november 2005, nr. L 310.

Het is aan de nationale wetgever in elk van de lidstaten om voor zover mogelijk voor de samenhang en consistentie zorg te dragen. In deze bijdrage besteed ik daarom aandacht aan de reactie van de Nederlandse wetgever, c.q. het uitblijven daarvan, op de bovengenoemde ontwikkelingen. Gelden in Nederland consistente en samenhangende regelingen op gebied van grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing of zijn er lacunes, ineffectieve regels of onnodige restricties die leiden tot additionele kosten en rechtsonzekerheid bij grensoverschrijdende herstructureringen? De juridisch-technische kwaliteit van de wettelijke regelingen – hoewel evenzeer van belang – blijft in deze bijdrage als zodanig buiten beschouwing.

Een belangrijk aspect van de regeling omtrent grensoverschrijdende fusies betreft de wijze waarop de participatierechten van werknemers zijn gewaarborgd. De kaders waarbinnen dit dient te geschieden zijn vastgelegd in de Europese richtlijnen tot aanvulling van de SE-verordening respectievelijk de SCE-verordening en de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.¹² Hieraan is uitvoering gegeven in de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen.¹³ Omdat de nationale wetgevers beperkte mogelijkheden hebben om hieraan invulling te geven, blijft deze regeling mede gezien het bestek van deze bijdrage hier buiten beschouwing. Het toepassingsbereik van de Wet rol werknemers komt wel aan de orde.

2. Zetelverplaatsing

De mogelijkheid tot zetelverplaatsing vanuit en naar Nederland bestaat voor het EESV, de SE en de SCE. Voor Nederlandse rechtsvormen is een grensoverschrijdende zetelverplaatsing – buiten oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden¹⁴ – niet voorzien. Op grond van art. 10:118 BW wordt een rechtspersoon die is opgericht naar Nederlands recht, beheerst door Nederlands recht. Hierbij is bepalend het moment waarop de corporatie *ab initio* is opgericht:¹⁵ alleen een grensoverschrijdende zetelverplaatsing van buitenlandse corporaties wordt erkend, mits het recht van de betrokken landen de zetelverplaatsing erkennen (art. 10:120 BW).¹⁶

12 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PbEG*, van 10 november 2001, nr. L 294/22; Richtlijn 2003/72/EG van de Raad van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van de Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PbEU*, van 18 augustus 2003, nr. L 207/25; en Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *PbEU* van 25 november 2005, nr. L 310.

13 Wet tot uitvoering van richtlijn nr. 2001/86/EG van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van werknemers zoals gewijzigd bij Wet van 5 juli 2006, *Stb.* 361 (Wet rol werknemers bij de Europese rechtspersonen).

14 Rijkswet Vrijwillige Zetelverplaatsing van rechtspersonen, *Stb.* 1967, 161; Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, *Stb.* 1994, 800. Op grond van de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid, *Stb.* 1967, 162, kan de overheid in het belang van het koninkrijk de zetel van vennootschappen verplaatsen naar een ander deel van het koninkrijk.

15 MvT, *Kamerstukken II* 32 137, nr. 3, p. 67 e.v.

16 Aldus ook expliciet MvT, *Kamerstukken II* 32 137, nr. 3, p. 69.

De Nederlandse uitwerking van het incorporatiestelsel stond lange tijd in de weg aan een grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Hierin is verandering gekomen door het arrest *Cartesio*.¹⁷ De kern van dit arrest,¹⁸ is dat vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU op grond van art. 48 VWEU de aanknoping met het recht van het incorporatieland kunnen verbreken door zich om te zetten in een rechtsvorm die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. Het recht van de lidstaat van uitreizen mag, aldus het HvJ EU, deze vorm van grensoverschrijdende omzetting niet – althans niet zonder meer – belemmeren.

Dit brengt mee dat ook een grensoverschrijdende omzetting van een Nederlandse vennootschap in een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, de zogenoemde ‘outbound’ omzetting, in beginsel mogelijk is. In beginsel, want het recht van de lidstaat van inreizen moet de omzetting toestaan, aldus het Hof in rechtsoverweging 112. Een ‘*Cartesio*-omzetting’ waarbij een buitenlandse vennootschap zich omzet in een Nederlandse rechtspersoonsvorm, de zogenoemde ‘inbound’ omzetting, wordt door het arrest *Cartesio* derhalve niet opengesteld.

Overigens bestaat over de betekenis van deze rechtsoverweging verschil van inzicht.¹⁹ Ik wijs er op dat recent A-G Jääskinen heeft bepleit dat deze rechtsoverweging aldus moet worden uitgelegd dat de staat van ontvangst de omzetting niet mag beletten, maar dat zij haar de nationale bepalingen inzake de oprichting en omzetting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid mag toepassen en van de desbetreffende vennootschap mag verlangen dat zij zich aan die voorschriften houdt.²⁰

Wellicht zal de uitspraak in deze zaak de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting verder verruimen in die zin dat lidstaten ook inbound omzettingen moeten toelaten. Dat ligt mijns inziens niet zonder meer in de lijn der verwachtingen, ook niet indien *VALE* in het gelijk wordt gesteld. In de onderhavige zaak speelt namelijk dat *VALE* – een kapitaalvennootschap naar Italiaans recht – gebruik wil maken van een rechtsfiguur in het Hongaarse recht waarbij een nieuwe vennootschap wordt opgericht die als rechtsovervolger geldt van de ontbonden vennootschap. Deze figuur betreft dus een ontbinding zonder liquidatie waarbij kennelijk het vermogen onder algemene titel overgaat op de opgerichte vennootschap.

Dit is mijns inziens een fundamenteel andere figuur dan de grensoverschrijdende omzetting, waarbij geen discontinuïteit optreedt in het bestaan van de rechtspersoon.

¹⁷ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *NJ* 2009, 202, m.nt. P. Vlas.

¹⁸ M. Zilinsky, ‘*Cartesio*: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging’, *WPNR* (2009) 6787, p. 153-154. Zie over dit arrest verder o.m. W.J.M. van Veen, ‘Nu ook grensoverschrijdende omzetting ... dankzij het Europese Hof van Justitie’, *TvOB* 2009/1, p. 22-27; J.-N. Schutte-Veenstra, ‘Zetelverplaatsing; herbevestiging Daily Mail met nuancering’, *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 105-111; G.J. Vossestein, *JOR* 2009/35, p. 354-359. J.W. Bellingwout, ‘*Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *WFR* 2009, p. 217-22; A.F.M. Dorresteyn & B. Verkerk, ‘Nakaarten over *Cartesio*’, *Onderneming en Financiering* 2009 (17)2, p. 64-66.

¹⁹ Zie hierover de schrijvers genoemd in de vorige noot alsmede P.M. Storm, ‘*Cartesio*: stapjes in de processie van Echternach’, *Ondernemingsrecht* 2009/7, p. 328 e.v., die van mening is dat het Hof ten onrechte de inbound omzetting buiten de vestigingsvrijheid heeft gelaten. G.J. Vossestein, a.w. (vorige noot), nr. 10, die van mening is dat de lidstaat van inreizen de omzetting moet erkennen met name indien het emigratieland een outbound omzetting toelaat en Dorresteyn & Verkerk, a.w. (vorige noot), p. 64 e.v. die r.o. 112 zo interpreteren dat de lidstaat van inreizen redelijke voorwaarden mag stellen maar het inreizen niet in absolute zin mag verhinderen.

²⁰ Nr. C-378/10 (*VALE Építési Kft*).

De figuur die speelt in de zaak *VALE* doet voor wat betreft de rechtsgevolgen veel-
eer denken aan een grensoverschrijdende fusie door oprichting, met dit verschil dat
er niet twee vennootschappen worden ontbonden maar slechts één. Als ik dit goed
zie, ligt een parallel met het arrest *SEVIC* meer voor de hand dan een parallel met
het arrest *Cartesio*: als deze vorm van oprichting open staat voor nationale vennoot-
schappen, moet zij ook open staan voor buitenlandse vennootschappen.

Het staat mijns inziens dan ook niet zonder meer vast dat de uitspraak inzake *VALE*
direct gevolgen zal hebben voor het Nederlandse recht, waarin de omzetting geen
oprichtingsmodaliteit is, maar een rechtsvormwijziging zonder rechtsopvolging.
Uiteraard kan niet worden uitgesloten dat het HvJ EU de conclusie van de A-G volgt
en bepaalt dat alle nationale modaliteiten voor oprichting *en* omzetting in beginsel
ook voor vennootschappen uit andere lidstaten open moeten staan. Hiermee zou het
Hof mijns inziens echter afstand nemen van de onder meer in het arrest *Daily Mail*
en het arrest *Cartesio* tot uitgangspunt genomen regel dat het de lidstaten vrijstaat
om de aanknopingsfactoren te bepalen waaraan een vennootschap moet voldoen om
als een vennootschap opgericht naar het recht van die lidstaat te gelden.²¹

Aangezien het communautaire recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde van
de lidstaten en door nationale wetgeving en praktijken niet terzijde kan worden
gesteld,²² heeft de rechtspraak van het HvJ EU implicaties voor de mate waarin het
recht op vrije vestiging in Nederland kan worden genoten.

Allereerst kan er op worden gewezen dat het verbod op grensoverschrijdende omzet-
ting in de Nederlandse wetgeving, niet kan worden gehandhaafd, althans niet voor
zover een outbound omzetting betreft. Naar algemeen wordt aangenomen kunnen
ook Nederlandse vennootschappen hun zetel verplaatsen naar een andere lidstaat
van de EER. Het ontbreken van een eenduidige wettelijke procedure komt de rechts-
zekerheid en de bescherming van de belangen van crediteuren en minderheidsaan-
deelhouders niet ten goede.²³ Dit impliceert dat in elk concreet geval een zorgvuldige
procedure moet worden ontworpen. Elders heb ik uitgewerkt hoe een dergelijke,
werkbare procedure naar analogie van de procedure in de SE-verordening er uit zou
kunnen zien.²⁴ Het behoeft geen toelichting dat het ontbreken van een wettelijke
regeling desondanks niet bevorderlijk is.

Het tweede punt is dat het voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk is om
zich door middel van een grensoverschrijdende omzetting te vestigen in Nederland.
Het is derhalve gemakkelijker Nederland te verlaten dan Nederland in te reizen. Met
het oog op een aantrekkelijk vestigingsklimaat lijkt mij dit een punt van aandacht.
Tot slot wijs ik er op dat in het kader van de SE- en SCE-verordening, de Nederlandse
wetgever gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om in de uitvoeringswetgeving

21 Zie HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87 (*Daily Mail*), r.o. 20-23 en HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 110.

22 Zie o.m. HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64 (*Costa/ENEL*).

23 Zie voor details nader W.J.M. van Veen, 'Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie', *TvOB* 2009, p. 26.

24 W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio* arrest, *WPNR* (2010) 6840 en 6841, p. 329-332 resp. p. 352-355.

op te nemen dat de Staat verzet kan aantekenen tegen een voorgenomen ‘outbound’ zetelverplaatsing om redenen van algemeen belang.²⁵ Voor analoge toepassing van deze regeling is mijns inziens geen ruimte, nu voor het aannemen van een publiekrechtelijke bevoegdheid als regel een expliciete toekenning daarvan is vereist.²⁶ Het verzetsrecht van de Staat boet aan effectiviteit in als zij bij grensoverschrijdende omzetting toepassing mist. Zie nader § 3.3.

3. Grensoverschrijdende fusies

3.1. *De verhouding tussen de verschillende fusiemodaliteiten*

Ten aanzien van grensoverschrijdende fusies is het beeld wat complexer dan met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Dit komt doordat grensoverschrijdende fusies mogelijk zijn op grond van de SE- en SCE-verordening en op grond van een regeling in Boek 2 BW. Bovendien is er nog het *Sevic*-arrest waarin is bepaald dat fusies die in een nationale context kunnen worden uitgevoerd, in beginsel ook grensoverschrijdend moeten kunnen worden uitgevoerd (zie nader § 1).

Het is niet mogelijk om in het bestek van deze bijdrage de verschillende fusiemodaliteiten in detail te beschrijven. Centraal staat de vraag naar samenhang en consistentie en het bestaan van onnodige beperkingen en ineffectieve regels. Een prealabele vraag is of het een rechtspersoon in een concrete situatie vrij staat om te kiezen op welke grondslag – verordening, boek 2 BW dan wel *SEVIC* – hij wil fuseren. Bij de beantwoording van deze vraag komt aan de orde dat er bij fusies op grond van de verordening en Boek 2 BW beperkingen gelden ten aanzien van de rechtsvorm. Zo staat een fusie op grond van:

- i. de SE-verordening alleen open voor NV's en SE's;²⁷
- ii. de SCE-verordening alleen voor coöperaties;²⁸
- iii. Boek 2 BW alleen voor NV's, SE's, BV's en SCE's;²⁹
- iv. het arrest *SEVIC* voor vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU, hetgeen naast de kapitaalvennootschappen en coöperaties onder meer ook onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen en stichting omvat die een onderneming in stand houden.

De bovengenoemde beperkingen ten aanzien van de rechtsvormen moeten in zoverre worden genuanceerd dat een rechtspersoon zich op grond van art. 2:18 BW kan omzetten in de gewenste rechtsvorm. Het is voor een BV dan ook niet zo moeilijk om desgewenst te opteren voor een fusie op grond van de SE-verordening. Een EESV kan zich desgewenst omzetten in een coöperatie³⁰ en aldus fuseren op grond van de

25 Art. 5 Uitvoeringswet SE-verordening en art. 6 Uitvoeringswet SCE-verordening.

26 Zie voor details nader W.J.M. van Veen, ‘Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie’, *TvOB* 2009, p. 26-27.

27 Art. 2 lid 1 jo. art. 3 SE-verordening.

28 Art. 2 lid 1 SCE-verordening.

29 Art. 2:333b BW.

30 Art. 8 lid 2 Uitvoeringswet EESV-verordening.

SCE-verordening of zich nogmaals omzetten in een BV en daarna fuseren op grond van Boek 2 BW. Enzovoort.

De vraag is of de keuzevrijheid onbeperkt is. Ten aanzien van de SE- en SCE-verordeningen moet mijns inziens worden aangenomen dat het gebruik hiervan niet dwingend is voorgeschreven. Deze verordeningen zijn immers faciliterend bedoeld, met als kenmerk dat de vorming van een SE respectievelijk een SCE het eindproduct is van de fusie. Het karakter van de verordening brengt mee dat wie dit resultaat niet wil, niet gehouden is deze marsroute te volgen. Dit blijkt ten aanzien van de NV ook uit de Tiende Richtlijn en daarop gebaseerde wettelijke regeling. Een NV kan naar believen kiezen voor een fusie op grond van Boek 2 BW dan wel de SE-verordening. Zet men deze lijn door, dan impliceert dit tevens dat ook de coöperatie niet gehouden is gebruik te maken van – in dit geval – de SCE-verordening. Nu de coöperatie geen gebruik kan maken van de regeling in Boek 2 BW, kan zij fuseren op grond van het arrest *SEVIC*.

In dit opzicht onderscheidt de coöperatie zich van de NV of BV. Laatstgenoemden moeten mijns inziens gebruik maken van de regeling in Boek 2 BW, die de uitwerking vormt van de Tiende Richtlijn. De rechtsvoorschriften die ter uitvoering daarvan zijn opgenomen in de nationale wetgeving moeten in acht worden genomen. Een andersluidende opvatting verhoudt zich niet met het karakter van de richtlijn en het op basis daarvan te realiseren resultaat.³¹ De NV en BV kunnen derhalve mijns inziens sinds de implementatie van de Tiende Richtlijn niet langer fuseren op grond van het arrest *SEVIC*.

Het bovenstaande illustreert dat er een vrij grote mate van keuzevrijheid bestaat ten aanzien van de grondslag waarop wordt gefuseerd. Dit onderstreept het belang bij consistentie en samenhang. Als bijvoorbeeld ten aanzien van de fusie op grond van een Boek 2 BW specifieke beperkingen gelden, kunnen deze gemakkelijk worden omzeild door te fuseren op grond van een van de genoemde verordeningen. Omgekeerd geldt hetzelfde. Dit leidt tot ineffectieve regelingen, rechtsonzekerheid en daarmee onnodige kosten. Hierna passeren enkele voorbeelden de revue.

3.2. *Het uittreedrecht van minderheidsaandeelhouders*

In de SE-verordening is de lidstaten de mogelijkheid gegeven om aanvullende bescherming op te nemen voor aandeelhouders die tegen de fusie hebben gestemd. In het kader van de uitvoeringswet heeft de Nederlandse wetgever ervoor geopteerd om van deze mogelijkheid geen gebruik te maken. De minderheid moet zich maar schikken naar de wil van de meerderheid, zo was de gedachte.³² In de literatuur waren bij de onderbouwing van dit standpunt al vraagtekens geplaatst.³³

³¹ Art. 288 VWEU.

³² Zie MvT, *Kamerstukken II* 29 309, nr. 3, p. 9, 13 resp. MvT, *Kamerstukken II* 30 382, nr. 3, p. 3 (m.b.t. de SCE).

³³ Zie H.J. de Kluiver, preadvies Vereniging 'Handelsrecht', 2004, p. 21-22 en W.J.M. van Veen (red.), *De Europese Naamloze Vennootschap (SE)*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2012, § 3.3.7.

Bij de implementatie van de Tiende Richtlijn, koos de wetgever evenwel een andere benadering en werd voor aandeelhouders die tegen de fusie hebben gestemd, de mogelijkheid geopend om schadeloosstelling voor hun aandelen te vragen. Indien van dit recht gebruik is gemaakt, vervallen hun aandelen met het van kracht worden van de fusie zonder dat hiervoor nieuwe aandelen worden toegekend (art. 2:333h BW). Dit uittreedrecht geldt alleen in het geval dat de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EER is. In dit geval spreekt met wel van een ‘outbound’ grensoverschrijdende fusie. Met de invoering van de fusieregeling in Boek 2 BW is niet tevens de wet tot uitvoering van de SE-verordening aangepast. Ten aanzien van een grensoverschrijdende fusie op grond van de SE-verordening, is derhalve niet voorzien in een uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders.

In de literatuur heeft dit geleid tot verschil van mening over het antwoord op de vraag of het uittreedrecht van art. 2:333h BW ook van toepassing is op een grensoverschrijdende fusie op grond van de SE-verordening.³⁴ Hoewel ik in ander verband wel eens anders heb bepleit,³⁵ luidt het antwoord op deze vraag mijns inziens ontkennend. De in de verordening opgenomen verwijzingsmethodiek brengt mee dat de aangelegenheid aangaande de bescherming van minderheidsaandeelhouders in de uitvoeringswet moet worden opgenomen.³⁶ Art. 24 lid 2 Verordening verwijst immers niet naar het nationale NV-recht ter aanvulling van de in de verordening gegeven rechtsvoorschriften. Aanvulling door het nationale NV-recht is derhalve niet aan de orde. Dit volgt overigens ook uit art. 18 Verordening, waarin ter aanvulling van de in de verordening gegeven regeling alleen de nationale regeling ter implementatie van de derde richtlijn³⁷ wordt genoemd. Afdeling 3a, titel 7 Boek BW, waarvan art. 2:333h BW deel uitmaakt, vult derhalve de fusieregeling van de SE-verordening niet aan.

Het gevolg is dat bij de grensoverschrijdende fusie op grond van Boek 2 BW wel is voorzien in aanvullende bescherming van aandeelhouders die tegen de fusie hebben gestemd, terwijl dit voor een fusie op grond van de SE-verordening niet het geval is.

Deze inconsistentie reikt verder dan de regelingen voor grensoverschrijdende fusies. De gedachte dat bij een outbound grensoverschrijdende fusie aanvullende bescherming van tegenstemmende aandeelhouders wenselijk is, houdt immers mede verband met het feit dat zij anders – tegen hun wil – aandeelhouder zouden worden

34 Zie A.F.J.A. Leijten, ‘Het uittreedrecht voor aandeelhouders volgens het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies (30 939)’, *Ondernemingsrecht* 2007/8, p. 307; P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 410; H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, § 5.14.

35 W.J.M. van Veen, ‘Het Wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies’, *TvOB* 2007, p. 80.

36 Zie nader over de verwijzingsmethodiek W.J.M. van Veen, The law governing SEs: An interpretation based on a textual analysis and the referencing methodology in the Regulation, *European Company Law*, October 2004, Issue 3, p. 111-116; en *De Europese Naamloze Vennootschap (SE)*, tweede druk, Kluwer, Deventer 2012, § 1.4.

37 Inmiddels vervangen door Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011, betreffende fusies van naamloze vennootschappen, waarbij werd ingetrokken de Derde richtlijn van de Raad van ministers van de Europese Gemeenschappen van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54 lid 3 sub g van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (78/855/EEG).

in een vennootschap die wordt beheerst door een ander recht.³⁸ Dit doet zich ook voor bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing.³⁹ In het kader van een zetelverplaatsing op grond van de Verordening doet zich dan ook evenzeer de vraag voor of aanvullende bescherming van de tegenstemmende aandeelhouders gewenst is. De SE-verordening biedt de lidstaten niet voor niets deze mogelijkheid.⁴⁰

Dat van deze mogelijkheid destijds in de uitvoeringswet geen gebruik is gemaakt, is op zichzelf begrijpelijk omdat hierin destijds ook bij een outbound grensoverschrijdende fusie geen aanvullende bescherming was opgenomen. Nu echter in Boek 2 BW uitdrukkelijk is gekozen voor een uittreedrecht bij outbound grensoverschrijdende fusies, ligt het mijns inziens voor de hand om in de uitvoeringswet van de SE-verordening een gelijke regeling op te nemen, zowel ten aanzien van de outbound fusie als ten aanzien van de outbound zetelverplaatsing. Hierbij teken ik aan dat ook indien dit zou gebeuren, de gewenste consistentie nog steeds niet is bereikt. Dit omdat een outbound zetelverplaatsing ook mogelijk is op grond van het arrest *Cartesio* en hiervoor te enenmale een wettelijke regeling ontbreekt.

Het invoeren van een uittreedrecht in de uitvoeringswet SE, biedt tevens een goede gelegenheid om de regeling te versoepelen en verbeteren. Zo dient het uittreedrecht geen redelijk doel indien de aandelen beursgenoteerd zijn of de toegekende aandelen beursgenoteerd zullen zijn. De houders van deze aandelen die tegen de fusie zijn, kunnen immers hun aandelen gemakkelijk van de hand doen. In deze gevallen is het uittreedrecht louter complicerend en kostenverhogend en kan daarom beter buiten toepassing blijven.⁴¹ Ook moet worden betwijfeld of de belangen van de aandeelhouders die van het uittreedrecht gebruik hebben gemaakt, voldoende zijn beschermd indien de fusie doorgang kan vinden, voordat de schadeloosstelling is voldaan.⁴² Het voert in dit verband te ver om in detail nader op het uittreedrecht in te gaan.

3.3. *Verzetsrecht van de Staat*

De SE-verordening en de SCE-verordening geven de lidstaten de mogelijkheid om zich te verzetten tegen een voorgenomen outbound zetelverplaatsing alsmede tegen de deelname van een onder haar recht ressorterende NV/coöperatie aan de deelname aan de vorming van een SE/SCE via fusie.⁴³ Nederland heeft van deze mogelijkheden

38 MvT, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 17. Op p. 16 wordt overigens mijns inziens minder overtuigend de nadruk gelegd op complicaties bij het vaststellen van de ruilverhouding en daarmee de veronderstelde ondoorzichtigheid van de 'juistheid' van de ruilverhouding bij grensoverschrijdende fusies.

39 Zie ook P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private company* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 410.

40 Art. 8 lid 5 SE-verordening.

41 Zie hierover nader W.J.M. van Veen, 'Het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2007, p. 80; VV, *Kamerstukken I*, B, p. 4. In deze zin ook P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 409. In de Arubaanse Landsverordening VBA, is het uittreedrecht ook inderdaad niet van toepassing ten aanzien van beursgenoteerde aandelen. Zie art. 68 en art. 85 LVBA en W.J.M. van Veen & J.W. Bellingwout, *De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)*, serie Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht nr. 1, Kluwer 2008, p. 174 e.v.

42 W.J.M. van Veen, 'Het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies', *TvOB* 2007, p. 80; M.E. Koppenol-Laforce, 'De uitvoeringswet grensoverschrijdende fusies', *WPNR* (2007) 6721, p. 699-700.

43 Art. 8 lid 14 en art. 19 SE-verordening/art. 9 lid 14 en art. 21 SCE-verordening.

gebruik gemaakt, zowel ten aanzien van zetelverplaatsing als van fusie.⁴⁴ De regeling houdt in dat de Minister van Justitie zich tegen een voorgenomen zetelverplaatsing dan wel de deelname van een NV/coöperatie aan de vorming van een SE/SCE door middel van grensoverschrijdende fusie kan verzetten om redenen van algemeen belang, door een daarop betrekking hebbende verklaring neer te leggen bij het handelsregister.

In de regeling in Boek 2 BW betreffende grensoverschrijdende fusies, is evenwel niet voorzien in een verzetsrecht van de Staat. De minister motiveerde dit met verwijzing naar art. 4 lid 1 Tiende Richtlijn. Hierin is bepaald dat indien de regeling betreffende de nationale fusies voorziet in een verzetsrecht van de Staat, deze regeling tevens geldt bij grensoverschrijdende fusies. Hieruit leidt de minister af dat de Tiende Richtlijn niet de mogelijkheid geeft om alleen ten aanzien van grensoverschrijdende fusies een verzetsrecht voor de Staat op te nemen.⁴⁵

Het gevolg is dat het verzetsrecht van de Staat dat in de uitvoeringswetgeving voor de SE- en SCE-verordening is opgenomen, in die gevallen waarin het in potentie aan de orde is, zonder betekenis is. Wil men het verzetsrecht omzeilen, dan kan dit immers door eenvoudig voor een grensoverschrijdende fusie op grond van de regeling in Boek 2 BW te opteren. Voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan hiertoe in voorkomende gevallen – zie nader § 2 – worden gechopt voor een zetelverplaatsing op grond van het arrest *Cartesio*.

Als de wetgever het verzetsrecht voor de Staat serieus neemt, is het aldus zaak deze ook voor nationale fusies in de wetgeving op te nemen. Blijft dit achterwege, dan is het huidige verzetsrecht feitelijk zinloos. Het kan dan wellicht maar beter worden geschrapt. Dat bespaart weer een brief van de notaris die moet informeren of van het verzetsrecht gebruik is gemaakt en een brief van de kamer van koophandel in antwoord daarop.

3.4. *Beperking tot vennootschappen uit EER-lidstaten*

De in Nederland gegeven mogelijkheden tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing en fusie, berusten op het unierecht. Het toepassingsbereik van het unierecht is in beginsel beperkt tot de lidstaten van de EU/EER. Voor zover het de SE- en SCE-verordening betreft, hebben de lidstaten daarop geen invloed. Dit is echter anders ten aanzien van de wetgeving ter implementatie van Europese richtlijnen zoals de Tiende Richtlijn. Het toepassingsbereik moet dan inderdaad vennootschappen uit de EU/EER omvatten, maar daartoe behoeft het niet beperkt te blijven. Het staat lidstaten vrij om een regeling betreffende grensoverschrijdende fusie of zetelverplaatsing zonder geografische beperkingen in te voeren. Een aantal landen in Europa heeft ook een dergelijke regeling.

In Nederland is de wettelijke regeling echter beperkt gebleven tot vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat van de EU/EER. Anders dan in art.

⁴⁴ Zie met betrekking tot de SE art. 5 en art. 7 Uitvoeringswet en ten aanzien van de SCE art. 6 en art. 9 Uitvoeringswet.

⁴⁵ *Kamerstukken I* 30 929, E, p. 4. Terzijde merk ik op dat (vennootschappelijke) fusierichtlijn geen melding maakt van de mogelijkheid een verzetsrecht voor de Staat in te voeren.

1 van de Tiende Richtlijn wordt niet de eis gesteld dat de fuserende vennootschappen tevens hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Gemeenschap dienen te hebben. Ik heb de indruk dat het volgens de minister niet veel uitmaakt dat deze criteria niet in de wet zijn overgenomen.⁴⁶ Toch zijn er gevallen denkbaar waarin dat wel uitmaakt. Bijvoorbeeld als een naar Luxemburgs recht opgerichte kapitaalvennootschap haar statutaire zetel en hoofdbestuur verplaatst naar een niet-EU/EER-lidstaat. Deze vennootschap valt naar de letter onder de reikwijdte van art. 2:333c BW, maar zou bij overneming van de in art. 1 Richtlijn opgenomen criteria buiten de regeling vallen. Een redelijke wetsuitleg brengt mijns inziens evenwel mee dat de reikwijdte van de regeling is beperkt tot vennootschappen die ressorteren onder het recht van een EU/EER-lidstaat.⁴⁷

Bij het nut en de noodzaak van een dergelijke regeling kunnen vraagtekens worden geplaatst. Naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer,⁴⁸ heeft de minister geantwoord dat hij het eenzijdig regelen van grensoverschrijdende fusies met andere dan EU/EER-vennootschappen niet opportuun acht omdat het recht met die landen niet is geharmoniseerd.⁴⁹ Zo zou het buitenlandse recht wel eens niet kunnen voorschrijven dat een fusievoorstel moet worden opgesteld en dat niet dezelfde controle op de fusie wordt uitgeoefend als in Nederland. Hiertegen kan echter worden aangevoerd dat ook andere landen binnen en buiten de EU/EER grensoverschrijdende fusieregelingen kennen zonder geografische beperkingen. Een dergelijke regeling voor zowel inbound als outbound fusies bestaat onder meer – om binnen het Koninkrijk te blijven – in Aruba.⁵⁰ Ook dit zijn eenzijdige regelingen die wel degelijk nut hebben.

Ook inhoudelijk overtuigen de door de minister genoemde argumenten niet. Omdat (ook) de Nederlandse voorschriften moeten worden nageleefd, zal er onder meer een fusievoorstel moeten worden opgesteld. Hieraan zal de buitenlandse vennootschap zich moeten (kunnen) conformeren. Voor wat betreft het toezicht op de naleving van de fusievoorschriften in het buitenland, alsmede het antwoord op de vraag of het buitenlandse recht de fusie toelaat, blijkt uit de genoemde buitenlandse regelingen dat hiervoor adequate voorzieningen kunnen worden getroffen.⁵¹

Vanuit het oogpunt van modernisering en versoepeling van het Nederlandse ondernemingsrecht, is het beperken van de regeling tot de EU/EER mijns inziens dan ook een gemiste kans. Hieraan kan worden toegevoegd dat de beperking geen nut heeft. Een vennootschap die wil fuseren met een vennootschap opgericht naar het recht van New York, kan zich verplaatsen naar Luxemburg – door middel van fusie of zetelverplaatsing – en vervolgens vanuit Luxemburg de fusie tot stand brengen. Omgekeerd is dit wat lastiger omdat een zetelverplaatsing vanuit Luxemburg – buiten de EESV,

46 Zie hierover MvT, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 11.

47 Zie ook MvA, *Kamerstukken I* 30 929, C, p. 3.

48 Verslag, *Kamerstukken II* 30 292, nr. 6, p. 3.

49 NnavV, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 7, p. 4-5. De opmerking van de minister dat een aandelenfusie een met de juridische fusie vergelijkbaar alternatief biedt, snijdt geen hout en laat ik daarom buiten beschouwing.

50 Het Burgerlijk Wetboek voor de Nederlandse Antillen – dat na de ontvlechting is blijven gelden in de eilandgebieden die voor de ontvlechting tot de Nederlandse Antillen werden gerekend – kent thans alleen een regeling voor de inbound fusie.

51 Zie bijvoorbeeld art. 84 lid 7 van de Arubaanse Landsverordening VBA.

SE en SCE – naar Nederland niet mogelijk is. Een verplaatsing door middel van fusie is wel mogelijk maar dit gaat gepaard met ontbinding van de desbetreffende vennootschap en dat is veelal niet aanvaardbaar om fiscale of andere praktische redenen. De kans is dan ook reëel dat de desbetreffende vennootschap die extra stap niet maakt en zich blijvend in Luxemburg vestigt.

De geografische beperkingen ten aanzien van de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie en zetelverplaatsing tot de EER, zijn derhalve op zijn best hinderlijk en kosten verhogend. Zij werken bovendien in de hand dat het gemakkelijker is voor vennootschappen om Nederland te verlaten dan om zich in Nederland te vestigen. Wil men het vestigingsklimaat verbeteren, dan valt er derhalve op dit punt winst te behalen.

3.5. *Beperking tot kapitaalvennootschappen; concernfusies*

De regeling in Boek 2 BW voor grensoverschrijdende fusies voorziet, zoals hierboven uiteengezet, alleen in een regeling voor de fusie van een NV, BV dan wel SCE met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER (art. 2:308 lid 3 en 2:333b lid 1 BW).⁵² De fusievarianten worden in art. 2:333c BW leden 1, 2 en 3 nader omlijnd.

Het wetsvoorstel omvat niet mede de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusies van coöperaties, onderlingen, verenigingen en stichtingen. Naar Nederlands recht kunnen deze rechtsvormen met elkaar fuseren, maar ook met kapitaalvennootschappen mits zij daarvan enig aandeelhouder zijn en zij als verkrijgende rechtspersoon optreden. Daarnaast kunnen kapitaalvennootschappen ook fuseren met coöperaties, onderlingen en verenigingen, mits zij daarvan enig lid zijn en zij als verkrijgende rechtspersoon optreden. Deze zogenoemde ‘concernfusies’ zijn opgenomen in art. 2:310 lid 4 BW.

Over de kwestie waarom de concernfusies niet in de wettelijke regeling voor grensoverschrijdende fusies zijn opgenomen, wordt in de toelichting het volgende gezegd:

“Deze groepsfusie kan in internationale verhoudingen gelet op de richtlijnvoorschriften niet worden benut omdat deze vorm de betrokkenheid veronderstelt van een rechtspersoon (stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij) die niet onder het bereik van de richtlijn valt.”⁵³

De minister suggereert hier dat, omdat de Richtlijn niet mede betrekking heeft op de grensoverschrijdende fusie waarbij andere dan kapitaalvennootschappen zijn betrokken, deze fusies niet kunnen worden toegelaten.⁵⁴ Als dit inderdaad de gedachtegang van de minister is, dan is deze niet overtuigend. Het staat lidstaten immers vrij om aan een richtlijn ruimere werking toe te kennen dan strikt noodzakelijk is. De uitbreiding met de grensoverschrijdende driehoeksfusie in art. 2:333c lid 3 BW

⁵² Omdat EER mede alle lidstaten van de EU omvat, spreek ik hierna slechts van de EER.

⁵³ *Kamerstukken II* 30 292, nr. 3, p. 5.

⁵⁴ Ten aanzien van coöperaties merkt de minister terecht op dat zij grensoverschrijdend kunnen fuseren door vorming van een SCE, zie *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 4. Zoals behandeld in § 3.1, kunnen coöperaties mijns inziens evenwel ook fuseren op grond van het arrest *SEVIC*.

is hiervan een voorbeeld.⁵⁵ Er is geen enkel aanknopingspunt voor het standpunt dat de Richtlijn het de lidstaten verbiedt tevens een grensoverschrijdende fusie tussen andere rechtspersoonstypen te regelen.

Daarbij komt dat op grond van het arrest *SEVIC* (zie § 1), grensoverschrijdende fusies tussen vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU in beginsel onder het recht op vrije vestiging vallen, indien althans de fusie naar het recht van de betrokken lidstaten toegelaten zou zijn in een nationale zetting.⁵⁶ Aangezien het vennootschapsbegrip in art. 54 VWEU naast kapitaalvennootschappen onder meer ook coöperaties en onderlingen omvat alsmede verenigingen en stichtingen die een onderneming in stand houden, is het arrest *SEVIC* ook van toepassing op deze rechtsvormen. Het gegeven dat zij niet in de Richtlijn zijn behandeld, doet daaraan niet af. Het HvJ EU heeft in het arrest *SEVIC* nadrukkelijk overwogen dat, hoewel communautaire harmonisatieregels nuttig zijn om grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken, het bestaan van dergelijke harmonisatieregels niet als voorwaarde vooraf kan worden gesteld voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Het al dan niet bestaan van harmonisatieregels doet er, met andere woorden, niet aan af dat het recht van vestiging kan worden genoten.⁵⁷

In de praktijk zal het ongeregeld laten van de in deze paragraaf genoemde fusies er vermoedelijk toe leiden dat in voorkomende gevallen de bestaande regelingen omtrent grensoverschrijdende fusies op basis van het arrest *SEVIC* zoveel mogelijk analoog zullen worden toegepast. Een wettelijke regeling is echter te prefereren. Het gegeven dat een wettelijke regeling ontbreekt, is niet zelden een belemmerende, en vrijwel steeds een kostenverhogende factor. Hiermee is geen redelijk belang gediend.

3.6. *Beperkingen t.a.v. fusievormen*

3.6.1. Fusie door overneming met zetelverplaatsing

Art. 2:333c BW laat toe dat de verkrijgende vennootschap een vennootschap is naar het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waaronder de fuserende vennootschappen ressorteren. Zo mag, in het geval dat de NV/SE/BV verdwijnende vennootschap is, de verkrijgende vennootschap bij de fusie worden opgericht naar het recht van een lidstaat naar keuze. Dit kan derhalve ook een lidstaat zijn waaruit geen van de fuserende vennootschappen afkomstig is.⁵⁸ In de tweede volzin van het eerste lid wordt nog een andere fusievariant geregeld. Deze houdt in dat een Nederlandse NV of BV verkrijgende vennootschap kan zijn bij een fusie tussen twee buitenlandse vennootschappen. De NV of BV is dan zelf geen partij bij de fusie maar wordt hierbij opgericht. Het betreft derhalve in essentie een nieuwe oprichtingsmogelijkheid

⁵⁵ De Richtlijn kent slechts de fusie waarbij de verkrijgende vennootschap 'aandelen' toekent (art. 2 Richtlijn).

⁵⁶ Dit wordt ook erkend in de MvT, zie *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 2-3. Terzijde merk ik op dat voor de lezing van de minister van het arrest *SEVIC* en de beschikking van de kantonrechter te Amsterdam (NnavV, nr. 7, *Kamerstukken II* 30 929, p. 2), de genoemde uitspraken zelf niet veel aanknopingspunten bieden.

⁵⁷ Vgl. HvJ EG, 13 december 2005, nr. C-411/03 (*SEVIC*), r.o. 25 en 26.

⁵⁸ Zie MvT, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 11.

voor de NV of BV. Ook ten aanzien van deze variant geldt dat zij moet zijn toegelaten door het recht dat op de fuserende vennootschappen van toepassing is.

Terzijde merk ik op dat mijns inziens op grond van de vestigingsvrijheid andere lidstaten de oprichting van een vennootschap door middel van grensoverschrijdende fusie van vennootschappen uit andere lidstaten moeten toelaten, indien deze fusie ook door vennootschappen naar het recht van de desbetreffende lidstaat zou kunnen plaatsvinden. Dit vloeit mijns inziens voort uit het arrest *SEVIC*, waarover § 1. Het betreft hier een oprichtingsvariant van een vennootschap, die derhalve ook voor onderdanen/vennootschappen uit andere lidstaten beschikbaar moet zijn op grond van het recht op vrije vestiging.

Een fusievariant waarin niet is voorzien, is de grensoverschrijdende ‘fusie door overneming’ waarbij de Nederlandse NV of BV met het van kracht worden van de fusie wordt omgezet in een buitenlandse equivalent of andersom. Of deze variant bewust of onbewust niet in de regeling is opgenomen, is niet duidelijk.⁵⁹ Voor deze beperking lijken geen goede argumenten te bestaan, nu de regeling wel expliciet voorziet dat bij een fusie door oprichting naar keuze voor een Nederlandse of buitenlandse verkrijgende vennootschap kan worden geselecteerd. Als dit door een fusie door oprichting mogelijk is, dan is er geen reden om dit ten aanzien van de fusie door overneming te verhinderen of bemoeilijken.

Overigens is een dergelijke fusie mijns inziens onder bepaalde omstandigheden wel mogelijk met toepassing van het arrest *Cartesio*. Op grond van dit arrest is het namelijk een vennootschap toegestaan om zich om te zetten in een rechtsvorm naar het recht van een andere lidstaat, mits het recht van die lidstaat dit toelaat. In het arrest worden geen beperkingen gesteld aan de techniek om die omzetting te bewerkstelligen. Indien het recht van de betrokken lidstaten toelaten dat in het kader van een fusie door overneming de verkrijgende rechtspersoon wordt omgezet in een andere rechtsvorm en de lidstaat van inreizen bovendien een grensoverschrijdende omzetting toelaat, is een dergelijke fusie mijns inziens toegestaan.⁶⁰

Ook hierbij geldt weer dat aangezien het Nederlandse recht een grensoverschrijdende inbound omzetting niet toelaat, een Nederlandse vennootschap wel Nederland zou kunnen uitreizen, maar dat een buitenlandse vennootschap zich niet op deze wijze in Nederland zou kunnen vestigen.

3.6.2. Grensoverschrijdende driehoeksfusies

Een andere fusievariant ten aanzien waarvan specifieke beperkingen zijn opgenomen, is de grensoverschrijdende driehoeksfusie. Aanvankelijk was dit type fusie niet in het wetsvoorstel opgenomen. Doordat in art. 2:308 lid 3 BW de hele afdeling van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, zou ook de in art. 2:333a BW geregelde driehoeksfusie voor toepassing in aanmerking komen. Blijkens de memorie van toelichting komt voor toepassing van de driehoeksfusie in aanmerking het geval

⁵⁹ Zie ook MvA, *Kamerstukken I* 30 929, C, p. 3 in samenhang met VV, *Kamerstukken I* 30 929, B, p. 2.

⁶⁰ Zie nader W.J.M. van Veen, ‘Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio* arrest’, *WPNR* (2010) 6841, p. 354 e.v.

dat: i) zowel de verkrijgende vennootschap als de groepsmaatschappij Nederlandse vennootschappen zijn; of dat ii) sprake is van een buitenlandse verkrijgende vennootschap met een buitenlandse groepsmaatschappij, mits het recht dat de verkrijgende vennootschap beheerst de mogelijkheid van een driehoeksfusie kent.⁶¹

Uit de memorie van toelichting bleek niet of deze opsomming limitatief was. Bij nota van wijziging is echter, naar aanleiding van vragen vanuit de Tweede Kamer,⁶² een specifieke bepaling opgenomen over dit type fusie. Deze is opgenomen in art. 2:333c lid 3 BW. Hierin wordt de grensoverschrijdende driehoeksfusie uitdrukkelijk beperkt tot de situatie dat de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij vennootschappen met zetel in Nederland zijn. Dit is opmerkelijk omdat, zoals zojuist bleek, in de memorie van toelichting nog een andere variant werd genoemd, namelijk de situatie dat de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij door buitenlands recht worden beheerst.

Het enige argument dat voor deze inperking wordt gegeven, is dat in het geval dat een buitenlandse groepsmaatschappij aan de fusie zou deelnemen, art. 2:333a BW niet zou kunnen worden toegepast, waardoor informatie zou gaan ontbreken.⁶³ Gesteld dat dit standpunt juist is, wat is er dan eenvoudiger om voor te schrijven dat art. 2:333a BW in dergelijke gevallen zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing is?⁶⁴ Daarmee zou dit problemen wel zijn opgelost, dunk mij.

De keuze lijkt voort te komen uit een eerdere discussie ten aanzien van de vraag of een buitenlandse groepsmaatschappij partij zou kunnen zijn bij een driehoeksfusie tussen twee Nederlandse vennootschappen.⁶⁵ De minister meende toen dat een buitenlandse groepsmaatschappij niet deel kan nemen aan de driehoeksfusie.⁶⁶ Hierbij beriep hij zich op het feit dat de grensoverschrijdende fusierichtlijn nog niet was aangenomen. Hoewel deze richtlijn inmiddels is aangenomen, zijn buitenlandse moedervennootschappen echter nog steeds – en zonder goede reden – buiten de regeling van de grensoverschrijdende driehoeksfusie gelaten.

4. Grensoverschrijdende juridische splitsing

Ten aanzien van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing bestaat nog geen expliciete jurisprudentie van het HvJ EU. Ook in de al genoemde verordeningen is in de mogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische splitsing niet voorzien. Zoals in § 1 al aan de orde is geweest, heeft het HvJ EU in het arrest SEVIC, zij het indirect, reeds gerefereerd aan de grensoverschrijdende juridische splitsing in relatie tot het recht op vrije vestiging.

61 MvT, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 5. Het op de groepsmaatschappij toepasselijke recht zal eveneens de driehoeksfusie moeten kennen en zich tegen toepassing daarvan in de concrete situatie niet mogen verzetten.

62 Zie Verslag, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 6, p. 5.

63 NnavV, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 7, p. 11.

64 Hier kan het ipr-leerstuk van de aanpassing waar nodig oplossing bieden. Ik werk dit hier niet verder uit. Zie nader HR 26 augustus 2003, *JOR* 2003, 211 en *NJ* 2004, 549 en specifiek in relatie tot grensoverschrijdende fusies G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. VU Amsterdam) Deventer: Kluwer 1994, p. 165 en 203.

65 Deze vraag is terecht ook aan de orde gesteld in de Tweede Kamer. Zie Verslag, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 6, p. 5.

66 NnavV, *Kamerstukken II* 24 702, nr. 6, p. 14.

Mede gezien het feit dat de juridische fusie valt binnen het bereik van art. 49 VWEU, ligt het inderdaad voor de hand dat dit ook geldt voor de grensoverschrijdende splitsing. Door middel van een juridische splitsing kan immers een vennootschap worden opgericht in een andere lidstaat. Door middel van een juridische (af)splitsing kan bovendien, behalve een dochtervennootschap, ook een vestiging in een andere lidstaat worden verkregen.

Mijns inziens is het dan ook niet de vraag óf maar wanneer het HvJ EU zal oordelen dat ook de grensoverschrijdende splitsing onder het toepassingsbereik van art. 49 jo. 54 VWEU valt. Voor de goede orde merk ik op dat prejudiciële uitspraken van het HvJ EU werken *ex tunc*: zij stellen de betekenis en strekking van het desbetreffende voorschrift vast, zoals dat “sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden toegepast”.⁶⁷ De Nederlandse wetgever zou de praktijk een dienst bewijzen door op deze situatie te anticiperen. Omdat het de vestiging en het verwerven van ondernemingen in Nederland zal vereenvoudigen, is het aannemelijk dat dit het vestigingsklimaat ten goede komt.

5. Slot

In deze bijdrage is aandacht besteed aan de diverse inconsistenties en ineffectieve restricties die het Nederlandse recht kent met betrekking tot grensoverschrijdende herstructurerings. Deze onvolkomenheden zijn verklaarbaar: onder invloed van het Europese recht hebben de ontwikkelingen zich op dit punt de afgelopen jaren in hoog tempo voltrokken. Vanuit een oogpunt van het bevorderen van het vestigingsklimaat, is – de verklaring daarvoor ten spijt – de bestaande situatie niet wenselijk. Wat ontbreekt is eenduidig wetgevingsbeleid op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings. Een van de vragen die beantwoord zou moeten worden is of bestaande geografische restricties en belemmeringen ten aanzien van de zetelverplaatsing en grensoverschrijdende fusies, wenselijk zijn. Een relevante overweging hierbij is dat de geografische restricties door de Europeesrechtelijke ontwikkelingen ineffectief zijn geworden, en bovendien de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland niet ten goede komen. Mochten restricties wenselijk blijken vanuit een oogpunt van bijvoorbeeld nationale veiligheid of misdaadbestrijding, dan is het zaak om daarop toegespitste maatregelen – die dan thans kennelijk ontbreken – te treffen. Een andere centrale kwestie is mijns inziens de gewenste samenhang en consistentie. Zoals hierboven is besproken, zijn meer vormen van grensoverschrijdende herstructurering mogelijk dan wettelijk is voorzien. Dit leidt tot rechtsonzekerheid bij de uitvoering hiervan. Bovendien kunnen in de huidige situatie regelingen zoals het uittreederrecht van aandeelhouders (§ 3.2) en het verzetsrecht van de Staat (§ 3.3), naar believen worden omzeild. In dit verband mag wellicht ook worden genoemd dat de bescherming van de rechten van werknemers op grond van de Wet rol werknemers beperkt is tot fusies die worden uitgevoerd op grond van de SE- of SCE-verordening

⁶⁷ HvJ EG 27 maart 1980, nr. C-61/79 (*Denkavit Italiana*), r.o. 16.

en fusies op grond van Boek 2 BW. De andere typen grensoverschrijdende fusies vallen buiten de werkingssfeer van deze wet.

Samenvattend is een herbezinning op het huidige wetgevingsbeleid geïndiceerd. Er zullen principiële beslissingen moeten worden genomen, die kunnen leiden tot uitbreiding van het toepassingsbereik maar ook het intrekken van bepaalde regelingen. Reeds nu bestaan er meer mogelijkheden dan wettelijk is geregeld en de mogelijkheden zullen zich onder invloed van het Europese recht verder uitbreiden. De wetgever doet er goed aan zich hiervan rekenschap te geven en te streven naar samenhangende en goed doordachte wetgeving.

Concluderend is er op het terrein van de grensoverschrijdende herstructureringen winst te boeken als het gaat om het verbeteren van het vestigingsklimaat in Nederland.

Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story?¹

mr. M. Zilinsky²

1. Inleiding

De grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de interne markt van de Europese Unie kent, ongeacht de beweegredenen van de stakeholders, verschillende verschijningsvormen. Zo kan een naar Nederlands recht opgerichte besloten vennootschap door middel van een juridische fusie met een Duitse GmbH haar zetel en haar activiteiten naar Duitsland verplaatsen. Deze mogelijkheid is door de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen in de Europese Unie in het leven geroepen.³ De besloten vennootschap er kan echter ook voor kiezen om slechts haar bestuurszetel uit Nederland naar Duitsland te verplaatsen. Tot slot is het ook mogelijk dat de besloten vennootschap zich in haar geheel naar Duitsland verplaatst waarbij zij zich in een vennootschap naar Duits recht omzet. De betrokken stakeholders hebben bij grensoverschrijdende mobiliteit te maken met problemen op diverse rechtsterreinen, zoals het vennootschapsrecht, het internationaal privaatrecht (IPR) en het belastingrecht. Het Hof van Justitie (hierna: 'HvJ EU') heeft reeds in een reeks van arresten getracht impulsen te geven voor de ontwikkeling van het Europese recht op dit rechtsgebied. Alle pogingen ten spijt blijken daartoe nog steeds veel vragen openstaan.

In deze bijdrage staan de grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de grensoverschrijdende omzetting centraal. Gepoogd wordt de vraag te beantwoorden naar de toelaatbaarheid van deze rechtsfiguren onder de huidige stand van het Unierecht en het IPR van de diverse lidstaten. Deze rechtsgebieden lijken onafhankelijk van elkaar te opereren, hoewel daartussen een onderlinge wisselwerking bestaat.⁴

¹ Met dank aan prof. mr. dr. P. Vlas voor zijn opmerkingen op de conceptversie van deze bijdrage.

² Marek Zilinsky is universitair docent internationaal privaatrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam. Tevens verbonden aan Houthoff Buruma te Amsterdam/Rotterdam.

³ Richtlijn 2005/65/EG, *PbEG* L 301/2005, p. 1. Zie ook HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805, *NJ* 2009, 209 (*SEVIC*).

⁴ P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdam, E. Vermeulen (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 531-541, i.h.b. p. 532.

2. IPR-vennootschapsrecht

Binnen het IPR-landschap kan onderscheid worden gemaakt tussen twee stelsels voor het vaststellen van het toepasselijke recht op een vennootschap. Zo zijn er landen die de incorporatieleer huldigen. De aanknoping wordt gezocht bij het oprichtingsrecht.⁵ De meeste incorporatielanden vereisen echter doorgaans ook dat de vennootschap tevens haar statutaire zetel in het land van incorporatie heeft. De ligging van de werkelijke zetel is voor het bepalen van het toepasselijke recht niet relevant. Dit is anders in de landen die de leer van de werkelijke zetel huldigen. Onder de leer van de werkelijke zetel is op een vennootschap het recht van het land van toepassing waar de werkelijke zetel van de vennootschap is gelegen. Onder dit stelsel is dus niet het oprichtingsrecht relevant. In de meeste rechtsstelsels wordt onder dit begrip verstaan de bestuurszetel, de plaats waar de besluiten van het bestuur van de vennootschap worden genomen. De verschillen in de aanknopingen onder deze twee IPR-stelsels kan in de praktijk tot juridische problemen leiden.

3. Vrijheid van vestiging

Ingevolge art. 49 VWEU is het de lidstaten verboden om beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van andere lidstaten op te leggen. Op grond van art. 54 VWEU komt deze vrijheid ook toe aan vennootschappen welke zijn opgericht naar het recht van een lidstaat en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben. Wat de vrijheid van vestiging betreft worden deze vennootschappen gelijkgesteld met natuurlijke personen, voor zover sprake is van vennootschappen en rechtspersonen naar publiek- en privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen en rechtspersonen die geen winst beogen.

Uit de vrijheid van vestiging volgt dat een vennootschap die overeenkomstig het recht van de ene lidstaat rechtsgeldig is opgericht en aldaar rechtsgeldig bestaat, in een andere lidstaat moet worden erkend.⁶ Dit geldt ongeacht de vraag welke regel van het IPR de andere lidstaat hanteert. Het Europese recht is als het ware IPR-neutraal. Dit vloeit ook voort uit de rechtspraak van het HvJ EU. Vlas wijst er dan ook op dat het HvJ EU zich niets aantrekt van de vraag of zijn jurisprudentie strookt met het IPR van de betrokken lidstaten strookt en of de voorgedragen oplossing in de IPR-regels past. Het Hof zoekt de oplossing in het Europese recht. Nu het VWEU geen regels van het IPR bevat en gezien het feit dat het Hof de juiste toepassing van het VWEU moet bewaken, klopt dit dan ook.⁷ De eventuele distorsie tussen het VWEU en het Europese recht enerzijds en de geldende regels van het IPR anderzijds betekent echter niet dat de toepassing van het VWEU geen gevolgen heeft voor de

5 Nederland huldigt de incorporatieleer. Art. 10:118 BW vereist echter ook dat de corporatie ten tijde van de oprichting haar zetel in het land heeft naar welks recht zij is opgericht.

6 P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR Deel 9, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, nr. 107.

7 P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: a.w., p. 533.

ontwikkeling van de nationale IPR-stelsels van de lidstaten. Zo heeft het HvJ EU in het arrest *Überseering* bepaald dat een lidstaat niet de leer van de werkelijke zetel mag toepassen op een vennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat.⁸ Is een vennootschap rechtsgeldig opgericht, dan mag zij zich in beginsel vrij begeven in andere lidstaten en aldaar activiteiten verrichten. Dat de andere lidstaten aan het bestaan van een dergelijke vennootschap geen nadere voorwaarden mogen stellen, blijkt ook uit het arrest *Inspire Art*.⁹ In dit arrest is de toepassing van de in Nederland geldende Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV) op vennootschappen uit andere lidstaten 'gesneuveld'.¹⁰ Ingevolge deze wet moeten andere dan naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen in Nederland aan een aantal van de in deze wet voorgeschreven vereisten voldoen. Het niet-voldoen aan deze vereisten leidt tot aansprakelijkheid van de bestuurders van dergelijke vennootschappen.¹¹

4. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting vanuit Europees recht bezien

Bij de verplaatsing van een zetel van een vennootschap uit een lidstaat naar een andere lidstaat zijn twee rechtsstelsels betrokken, nl. het recht van de lidstaat van oprichting van de vennootschap en het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging.¹² Mijns inziens maakt ook het HvJ EU dit onderscheid bij de benadering van de vrijheid van vestiging.

4.1. Europees recht en de lidstaat van oprichting

De situatie in de lidstaat van oprichting van de emigrerende vennootschap kwam in een drietal arresten aan de orde. Hierbij staat de vraag centraal of deze lidstaat beperkingen mag stellen aan de verplaatsing van de zetel van een vennootschap opgericht naar het nationale recht van deze lidstaat. Het HvJ EU is in de loop der jaren niet veranderd van inzicht. Het Hof blijft volhouden dat het de lidstaat van oprichting in beginsel wel is toegestaan beperkingen aan de verplaatsing van de zetel van een vennootschap op te leggen. Dit blijkt uit het arrest *Daily Mail*.¹³ Recentelijk heeft het HvJ EU in het arrest *National Grid Indus* dit standpunt gehandhaafd.¹⁴ In het arrest *Daily Mail* betrof het een verplaatsing van de bestuurszetel van een naar Engels recht opgerichte vennootschap naar Nederland; in het arrest *National Grid Indus* wenste een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap haar bestuurszetel naar

8 HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *Jur.* 2002, p. I-9919, *NJ* 2003/58 m.nt. PV (*Überseering*).

9 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01, *Jur.* 2003, p. I-10155, *NJ* 2004/394 m.nt. PV (*Inspire Art*).

10 *Stb.* 1997, 697, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2005, 230.

11 Thans geldt de wet ingevolge art. 1 lid 2 niet meer voor vennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht. Het voorschrijven van extra vereisten aan deze vennootschappen belemmert volgens het HvJ EU de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

12 Daarnaast kan nog de vraag rijzen naar de erkenning van de zetelverplaatsing in een niet bij de zetelverplaatsing betrokken land. Dit onderwerp komt in deze bijdrage niet aan de orde.

13 HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87, *Jur.* 1988, p. 5483 (*Daily Mail*).

14 HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), te raadplegen op <http://curia.europa.eu>.

Engeland verplaatsen. In beide gevallen werd door de lidstaat van oprichting aan de verplaatsing van de werkelijke zetel de verplichting verbonden tot afrekening over de fiscale reserves dan wel over de niet-gerealiseerde koerswinst. Het is het recht van de lidstaat van oprichting dat bepaalt of sprake is van een vennootschap die zich op de uitoefening van het recht op vrije vestiging mag beroepen. Deze lidstaat mag dus de aanknoping omschrijven om te bepalen of een vennootschap is opgericht naar het recht van die lidstaat alsmede de aanknoping om te bepalen of de vennootschap deze hoedanigheid na de verplaatsing van haar bestuurszetel behoudt.¹⁵ Diverse lidstaten hebben in de laatste zaak betoogd dat art. 49 VWEU de bevoegdheid van de lidstaten onverlet laat om een regeling ter zake van zetelverplaatsingen van vennootschappen vast te stellen. Zij waren dan ook van mening dat de door het Hof aan deze bepaling gegeven interpretatie niet alleen betrekking heeft op de voorwaarden waaronder naar nationaal recht vennootschappen kunnen worden opgericht of kunnen functioneren. De bevoegdheid van de lidstaten om de ontbinding en de liquidatie van een emigrerende vennootschap te eisen brengt dan ook immers mee dat een lidstaat bevoegd is om fiscale eisen te stellen in het geval van een zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid.¹⁶ Het Hof verwerpt deze stelling door in navolging van zijn eerdere jurisprudentie en de conclusie van de advocaat-generaal te overwegen dat het feit dat de lidstaat naar welk recht de emigrerende vennootschap is opgericht, de bestaansvoorwaarden van deze vennootschap mag bepalen, geenszins tot gevolg heeft dat de emigrerende vennootschap zich jegens deze lidstaat niet op art. 49 VWEU mag beroepen. Blijft de emigrerende vennootschap na de zetelverplaatsing rechtsgeldig bestaan, dan mag zij zich op art. 49 VWEU jegens de lidstaat van oprichting beroepen.¹⁷

Evenals in het arrest *Daily Mail* rees in het arrest *National Grid Indus* de vraag of de lidstaat van oprichting van de emigrerende vennootschap fiscale consequenties aan de zetelverplaatsing naar een andere lidstaat mag verbinden indien de emigrerende vennootschap na de verplaatsing haar hoedanigheid van een vennootschap naar het recht van de lidstaat van oprichting behoudt.¹⁸ In het laatstgenoemde arrest was namelijk sprake van een regeling waarbij de emigrerende vennootschap aan een heffing was onderworpen zonder dat deze regeling voorziet in uitstel van betaling van de opgelegde heffing en zonder rekening te houden met eventuele waardeverminderingen na de zetelverplaatsing. Het Hof stelt vast dat deze regeling weliswaar tot belemmering van de uitoefening van de vrijheid vestiging leidt, maar zij toch gerechtvaardigd is. Het moet volgens het Hof “niet als onevenredig ten opzichte van het door de regeling (...) nagestreefde doel worden beschouwd”.¹⁹ Het lijkt erop alsof het Hof op zijn eerder standpunt uit het arrest *Daily Mail* terug is gekomen.

15 HvJ EU *National Grid Indus*, r.o. 27.

16 HvJ EU *National Grid Indus*, r.o. 29.

17 HvJ EU *National Grid Indus*, r.o. 32.

18 Uit het arrest *Daily Mail* blijkt niet door welke sancties de zetelverplaatsing zonder fiscale eindafrekening wordt bedreigd. Zie ook P.J. Wattel, ‘Daily Mail, Een innovatief belastingadvies dat strandde op een pseudosiège-rèèl-stelsel’, in: J.B.S. Hijink, M.A. Verburgh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdende ondernemen na Cartesio*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 75, Deventer: Kluwer 2011, p. 181-191 (i.h.b. p. 182).

19 HvJ EU *National Grid Indus*, r.o. 56.

In dat arrest is immers niet beslist dat een fiscale eindafrekening in strijd is met de vrijheid van vestiging. In het arrest *National Grid Indus* wordt een fiscale eindafrekening wel aangemerkt als een belemmering van de uitoefening van het vrije vestigingsrecht, die volgens het Hof echter toelaatbaar is.²⁰ Feitelijk maakt het mijns inziens niet uit. De lidstaat van oprichting mag in beginsel eisen aan de verplaatsing van een vennootschap stellen.

Past daarentegen de emigrerende vennootschap zich aan aan het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging aan, dan dient de lidstaat van oprichting dit zelfs te accepteren. Dit is de consequentie van het arrest *Cartesio*. Het Hof overweegt daarin immers dat de lidstaat van oprichting zich er niet tegen mag verzetten dat een vennootschap zich omzet in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, voor zover het recht van die andere lidstaat dit toestaat.²¹ Een dergelijke zetelverplaatsing die door een omzetting wordt gevolgd, vereist dus dat de nieuwe lidstaat van vestiging een inreisregeling kent. De omzetting in een vennootschap naar het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging mag dus door de lidstaat van oprichting niet met een beroep op de aldaar geldende incorporatieleer worden belemmerd.²²

4.2. *Europees recht en de nieuwe lidstaat van vestiging*

Wat de positie van de nieuwe lidstaat van vestiging betreft, rijst allereerst de vraag of het ‘inreizen’ van de vennootschap wordt erkend. Is de nieuwe lidstaat van vestiging bevoegd beperkingen te stellen aan de uitoefening van de vrijheid van vestiging door een vennootschap die ingevolge haar oprichtingsrecht (nog) rechtsgeldig bestaat? Naar mijn mening mag dit in beginsel niet. Hoewel het arrest *Centros* in beginsel niet gaat over de verplaatsing van een zetel – de naar Engels recht opgerichte vennootschap wilde slechts een filiaal in Denemarken inschrijven – blijkt reeds uit dit arrest dat de nieuwe lidstaat van vestiging geen beperkingen mag stellen, tenzij deze beperkingen gerechtvaardigd zijn door dwingende redenen van algemeen belang.²³ De nieuwe lidstaat van vestiging is ingevolge het arrest *Überseering* gehouden om de immigrerende vennootschap te erkennen, mits deze na de zetelverplaatsing naar het recht van oprichting blijft voortbestaan. De niet-erkenning van een rechtsgeldig bestaande vennootschap leidt immers tot een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit is echter anders indien de immigrerende vennootschap na de verplaatsing de hoedanigheid van een vennootschap naar het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging aanneemt dan wel wil aannemen.²⁴ Doorgaans zal het voldoen aan de vereisten van het recht van deze staat ook tot een verplaatsing van de statutaire zetel van de vennootschap uit de lidstaat van oprichting naar de nieuwe lidstaat van

20 Zie kritisch P. Wattel, ‘Carry on discriminating’, *NJB* 2011/2248.

21 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Jur.* 2008, p. I-9641, *NJ* 2009/202 m.nt. P. Vlas (*Cartesio*), r.o. 112. Zie ook J.W. Bellingwout, ‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’, *WFR* 2009/217. Zie uitgebreid over het *Cartesio*-arrest J.B.S. Hijink, M.A. Verburgh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 75, Deventer: Kluwer 2011.

22 Zie ook punt 68-69 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

23 HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Jur.* 1999, p. I-1459, *NJ* 2000, 48 m.nt. PV (*Centros*).

24 HvJ EG *Cartesio*, r.o. 112.

vestiging en derhalve tot een ‘echte’ omzetting leiden. De meeste rechtsstelsels vereisen immers dat voor het rechtsgeldig bestaan van een vennootschap de statutaire zetel zich moet bevinden in de staat waarvan het recht op de vennootschap van toepassing is. Of een dergelijke voorwaarde een belemmering van de uitoefening van de vrijheid van vestiging tot gevolg heeft, zal uit het arrest *VALE* moeten blijken.²⁵ De advocaat-generaal Jääskinen is in zijn conclusie van 15 december 2011 van mening dat de nieuwe lidstaat van vestiging “alle voorwaarden [kan; MZ] opleggen die op overeenkomstige situaties volgens het nationale recht toepasselijk zijn. Hij kan echter geen nationale regels toepassen die de grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap kunnen beletten alleen omdat het nationale vennootschapsrecht een dergelijke grensoverschrijdende verrichting niet heeft geregeld”.²⁶ Hij vervolgt dan ook dat “de staat van ontvangst in het hoofdgeding [de nieuwe lidstaat van vestiging; MZ] de nationale bepalingen inzake de oprichting en omzetting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid mocht toepassen en dus de in zijn nationale recht in dergelijke gevallen voorziene verplichtingen aan VALE Építési [de immigrerende vennootschap; MZ] opleggen”.²⁷

5. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting vanuit Nederlands recht bezien

5.1. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing

Het Nederlandse recht vereist dat een naar Nederlands recht opgerichte naamloze of besloten vennootschap ingevolge art. 2:66 lid 3 BW resp. art. 2:177 lid 3 BW haar statutaire zetel in Nederland heeft. De verplaatsing van deze zetel van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap is dus in beginsel niet mogelijk. Een besluit tot verplaatsing van deze zetel is in strijd met de wet en derhalve nietig.²⁸ Dit betekent dat een dergelijk besluit in beginsel geen consequenties heeft en niet tot wijziging van de statuten van de vennootschap kan leiden, zodat evenmin een omzetting van de vennootschap plaatsvindt. Net zo min is een oprichting van een vennootschap naar Nederlands recht met een statutaire zetel in het buitenland denkbaar. Een dergelijke vennootschap voldoet immers niet aan de bestaansvoorwaarden die door het Nederlandse recht worden voorgeschreven.

Een verplaatsing van de statutaire zetel van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap blijkt in principe slechts mogelijk indien de wet daarin voorziet. Deze zetelverplaatsing wordt wel in de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen en de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen geboden, die een verplaatsing naar een ander deel van het Koninkrijk der Nederlanden dan wel een derde

25 Deze zaak is bij het HvJ EU onder zaaknummer C-378/10 aanhangig.

26 Punt 73 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

27 Punt 74 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

28 J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1996, p. 57.

land in buitengewone omstandigheden toestaan.²⁹ Zij leiden eveneens tot omzetting van de emigrerende vennootschap in bijvoorbeeld een vennootschap naar het recht van het nieuwe land van vestiging.³⁰

Gezien de vaste rechtspraak van het HvJ EU rijst de vraag of de regeling van art. 2:66 lid 3 BW en van art. 2:177 lid 3 BW wel 'EU-proof' is. Deze bepalingen maken geen onderscheid tussen een zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht en een zetelverplaatsing die een omzetting tot gevolg heeft. Kan aan een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap bij de verplaatsing van haar statutaire zetel naar een andere lidstaat worden tegengeworpen dat deze verplaatsing geen gevolgen heeft, omdat zij naar Nederlands recht niet mogelijk is? Houdt dit eventueel ook stand indien de emigrerende vennootschap zich in een vennootschap naar het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging wil omzetten, voor zover het recht van deze lidstaat een dergelijke omzetting toestaat? Kent het nationale recht van de nieuwe lidstaat van vestiging een inreisregeling die een omzetting na een zetelverplaatsing mogelijk maakt, dan geldt mijns inziens dat Nederland een dergelijke zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap moet toestaan.³¹ In het arrest *Cartesio* heeft het HvJ EU immers overwogen dat de lidstaat van oprichting niet een omzetting van een vennootschap mag beletten in een vennootschap naar nationaal recht van een andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat.³² Het belemmeren van de omzetting in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat is in zo'n geval een beperking van de uitoefening van het vrije vestigingsrecht. Een wettelijke regeling voor een dergelijke rechtsfiguur in Nederland lijkt misschien niet nodig, nu het Unierecht de mogelijkheid daartoe biedt, maar wenselijk ter wille van de rechtszekerheid lijkt dit op zijn minst.³³

5.2. Grensoverschrijdende omzetting

Uit het arrest *Daily Mail*, bevestigd in het arrest *Cartesio*, vloeit voort dat het oprichtingsrecht van de vennootschap de bestaansvoorwaarden van een vennootschap bepaalt. Dit brengt met zich dat een lidstaat een vennootschap mag verplichten dat zij haar statutaire zetel binnen de lidstaat van oprichting aanhoudt. Tevens mag een lidstaat bepalen dat de vennootschap bij de verplaatsing van haar zetel naar een andere lidstaat haar hoedanigheid verliest die zij aan het oprichtingsrecht ontleent.³⁴ In een dergelijk geval vormt de verplichting tot het aanhouden van de

29 *Stb.* 1967, 161, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 339, en *Stb.* 1994, 800, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 280.

30 Zie uitgebreid over deze wetten J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, p. 64-89 alsmede P. Vlas, *Rechtspersonen*, nr. 22.

31 Zie ook J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na *Cartesio*: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', in: J.B.S. Hijink, M.A. Verburgh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na *Cartesio**, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 75, Deventer: Kluwer 2011, p. 155-180 (i.h.b. p. 171-173). Inmiddels zijn gevallen bekend waarin de Kamers van Koophandel een dergelijke zetelverplaatsing hebben toegestaan. Zie J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later...', *WFR* 2012/1728 onder 3.6.1.

32 HvJ EG *Cartesio* r.o. 112.

33 Vgl. J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na *Cartesio*: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', in: a.w., p. 179 e.v.

34 HvJ EG *Cartesio* r.o. 110.

zetel in de lidstaat van oprichting geen onaanvaardbare belemmering van de uitoefening van de vrijheid van vestiging. De vennootschap bestaat bij de gratie van het oprichtingsrecht; dat recht bepaalt immers of sprake is van een vennootschap. Hiervan moet echter worden onderscheiden de situatie dat een vennootschap haar statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatst en zich omzet in een vennootschap naar het recht van die lidstaat, voor zover het recht van die lidstaat dit toestaat.³⁵ Vereist het recht van de lidstaat van emigratie dat de vennootschap wordt ontbonden en geliquideerd, dan is dat een onaanvaardbare belemmering van de uitoefening van het vrije vestigingsrecht. Juist door de omzetting in een vennootschapsvorm naar het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging ontstaat een nieuwe vennootschap die haar bestaan aan het recht van deze lidstaat ontleent. Dat nieuwe recht bepaalt dan ook alle bestaansvoorwaarden die, zo meent de advocaat-generaal in zijn conclusie in de zaak *VALE*, echter niet zover mogen gaan dat een grensoverschrijdende oprichting van een nieuwe vennootschap belet wordt “alleen omdat het nationale vennootschapsrecht een dergelijke grensoverschrijdende verrichting [lees: omzetting; MZ] niet heeft geregeld”.³⁶ In de situatie waarin de vennootschap niet wordt omgezet, wijzigt evenmin het toepasselijke recht en blijft het oorspronkelijke oprichtingsrecht gelden.

5.2.1. Een onderscheid tussen een ‘zuivere’ en ‘onzuivere’ grensoverschrijdende omzetting?

Wat betreft de zaak *VALE* nog een opmerking. In casu ging het om een omzetting van een Italiaanse vennootschap in een Hongaarse vennootschap. Deze omzetting moet echter worden onderscheiden van de omzetting zoals die in Nederland bekend is onder art. 2:18 BW. De oprichters van de Italiaanse vennootschap hebben een nieuwe Hongaarse vennootschap opgericht. De statuten van deze vennootschap vermelden dat “de oorspronkelijk naar Italiaans recht in Italië gevestigde vennootschap heeft besloten haar zetel naar Hongarije te verplaatsen en volgens het Hongaarse recht te opereren”. Nadien werd getracht bij de inschrijving van de Hongaarse vennootschap in het Hongaarse handelsregister de Italiaanse vennootschap als de rechtsvoorgangster van de Hongaarse vennootschap te vermelden, hetgeen door de Hongaarse handelsregisterhouder is afgewezen. De inschrijving van de Italiaanse vennootschap is reeds voor de oprichting van de Hongaarse vennootschap in het Italiaanse handelsregister doorgehaald.³⁷ In deze zaak is dus sprake van een omzetting door de oprichting van een nieuwe vennootschap. Dit soort omzettingen moet volgens de advocaat-generaal worden toegestaan indien zij volgens het nationale recht van de nieuwe lidstaat van vestiging in nationale gevallen mogelijk zijn. De nieuwe

³⁵ HvJ EG *Cartesio* r.o. 111-112.

³⁶ Punt 73 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

³⁷ Als ik de conclusie van de advocaat-generaal goed begrijp, dan heeft de omzetting van een Italiaanse vennootschap in een vennootschap naar het recht van een andere staat slechts rechtsgevolg nadat de vennootschap in het handelsregister in het buitenland is ingeschreven. Hiermee valt niet het uitgangspunt van de advocaat-generaal te rijmen dat “die entiteit [de Italiaanse vennootschap; MZ] haar rechtspersoonlijkheid volgens het Italiaanse recht heeft verloren en haar rechtsopvolgster die nog niet heeft verkregen op grond van het Hongaarse recht”. Zie resp. punt 40 en 48 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

lidstaat van vestiging is vervolgens bevoegd om de bestaansvoorwaarden van de nieuw opgerichte vennootschap te bepalen.³⁸ Dit lijkt mij ook vanzelfsprekend, nu de nieuwe vennootschap haar bestaan aan het nationale recht van deze lidstaat ontleent. De vraag rijst echter of deze redenering eveneens geldt indien sprake is van een ‘zuivere’ omzetting in de zin van art. 2:18 BW. Zo kan een besloten vennootschap door een rechtsgeldig besluit met inachtneming van art. 2:18 BW in een naamloze vennootschap worden omgezet. In dit geval is geen sprake van een ‘tussenstap’ waarbij een nieuwe vennootschap wordt opgericht waarin de emigrerende vennootschap opgaat. Er is sprake van een vennootschap die haar bestaan ontleent aan het recht van de lidstaat van oprichting en niet aan het recht van de nieuwe vestiging.³⁹ Indien het HvJ de conclusie van de advocaat-generaal volgt is echter verdedigbaar dat de uitkomst in de zaak *VALE* een zeer beperkte strekking toekomt, zodat de vraag naar het toestaan van ‘zuivere’ omzettingen onbeantwoord blijft. Daarentegen heeft het Hof al in het arrest *SEVIC* de omzetting als een bijzondere wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging genoemd en in het arrest *Cartesio* bepaald dat omzetting niet mag worden belemmerd voor zover deze naar nationaal recht van de nieuwe lidstaat van vestiging is toegestaan.⁴⁰

5.3. *Grensoverschrijdende omzetting: aanpassing van Nederlands recht nodig?*

Wat betreft de omzetting van een naar Nederlands opgerichte vennootschap bevat art. 2:18 lid 1 BW slechts een aantal procedurele voorwaarden die in acht moeten worden genomen. In de literatuur wordt dan ook vooralsnog aangenomen dat deze bepaling alleen een omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon in een andere rechtspersoon naar Nederlands recht mogelijk maakt.⁴¹ In het arrest *SEVIC* heeft het HvJ EU, in het kader van een vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende juridische fusie, geoordeeld dat het niet toestaan van een grensoverschrijdende juridische fusie tot een ontoelaatbare belemmering van de uitoefening van de vrijheid van vestiging leidt. De vraag rijst daarom, of de Nederlandse bepaling ‘EU-proof’ is.⁴² De advocaat-generaal lijkt in zijn conclusie in de zaak *VALE* deze vraag bevestigend te beantwoorden. Het discriminatieverbod brengt immers mee dat de nieuwe lidstaat van vestiging in beginsel niet mag belemmeren dat een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap zich in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat omzet indien een dergelijke omzetting in een zuiver nationaal geval naar het recht van de laatste lidstaat mogelijk is.⁴³ Volgt het HvJ EU de conclusie van de advocaat-generaal, dan lijkt het niet meer houdbaar

38 De advocaat-generaal zoekt hierbij steun in het arrest *SEVIC* waarin het Hof, kort gezegd, heeft bepaald dat lidstaten grensoverschrijdende juridische fusies niet mogen belemmeren indien juridische fusies door hun nationale wetgevingen worden toegestaan (HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805, *NJ* 2009, 209 (*SEVIC*), r.o. 22 en 23). Zie ook J.W. Bellingwout en M. Koerts, *WFR* 2012/1728 onder 3.6.2.

39 HvJ EG *Daily Mail*. Zie ook G.C.F. van Gelder, ‘De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal al geregeld?’, *WFR* 2012/1719 onder 3.1.

40 HvJ EG *SEVIC* r.o. 19 en HvJ EG *Cartesio* r.o. 112.

41 Groene Serie Rechtspersonen, Boek 2, Artikel 18, aant. 3 (De Monchy/Snijder-Kuipers).

42 Zie S.M. van den Braak, ‘Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen’, *WPNR* (2007) 6721, p. 688-693.

43 Punt 73 van de conclusie van de advocaat-generaal van 15 december 2011.

dat een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschap zich niet in een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap mag omzetten. Het Nederlandse recht staat immers een interne omzetting toe.

6. Tot besluit

De grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een vennootschap en de omzetting van een vennootschap in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat zijn bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging in de zin van art. 49 jo. art. 54 VWEU. Door het ontbreken van regelgeving op Europees niveau en door het bestaan van verschillen in de rechtsstelsels van de lidstaten ontstaan verschillen in de behandelingen van vennootschappen. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het het Hof vooralsnog niet lukt om de belemmeringen weg te nemen die door deze verschillen zijn ontstaan. In de literatuur wordt dan er ook op gewezen dat de tijd rijp is om een richtlijn in het leven te roepen die de verplaatsing van een vennootschap binnen de Europese Unie mogelijk maakt.⁴⁴ Deze richtlijn moet, evenals bij de grensoverschrijdende juridische fusie, in een procedure van de zetelverplaatsing voorzien alsmede in een regeling voor de bescherming van de bij de vennootschap betrokken stakeholders.⁴⁵ De thans bestaande Europese regelingen die een zetelverplaatsing mogelijk maken, lijken voor de praktijk niet voldoende. De zetelverplaatsing en omzetting kunnen slechts worden bewerkstelligd door een tussenstap.⁴⁶ Een dergelijke gang van zaken komt echter niet ten goede aan de mobiliteit van vennootschappen binnen de interne markt van de Europese Unie.

44 S.M. van den Braak, *WPNR* (2007) 6721, p. 689; J.N. Schutte-Veenstra, 'Afstel EG-richtlijn betreffende grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing', *Ondernemingsrecht* 2008, 33 en M. Zilinsky, 'Cartesio: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging', *WPNR* (2009) 6787, p. 153-154.

45 Mede gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ heeft het Europees Parlement bij Resolutie van 2 februari 2012 de Europese Commissie inmiddels verzocht op korte termijn een voorstel voor een richtlijn betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen voor te leggen (P7_TA (2012) 0019).

46 Zo kan een zetelverplaatsing in beginsel slechts door middel van een grensoverschrijdende juridische fusie of door het creëren van een Europese Naamloze Vennootschap (SE) worden gerealiseerd. Zie over de verplaatsing via een SE J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 299 en W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest', *WPNR* (2010) 6840, p. 329-332 en (2010) 6841, p. 352-355.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**
Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvort,
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam, prof.
mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**
Tribuut aan Jaap Bellingwout
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)

